

R. UNIVERSITÀ DI TORINO
MEMORIE DELL'ISTITUTO GIURIDICO

SERIE II

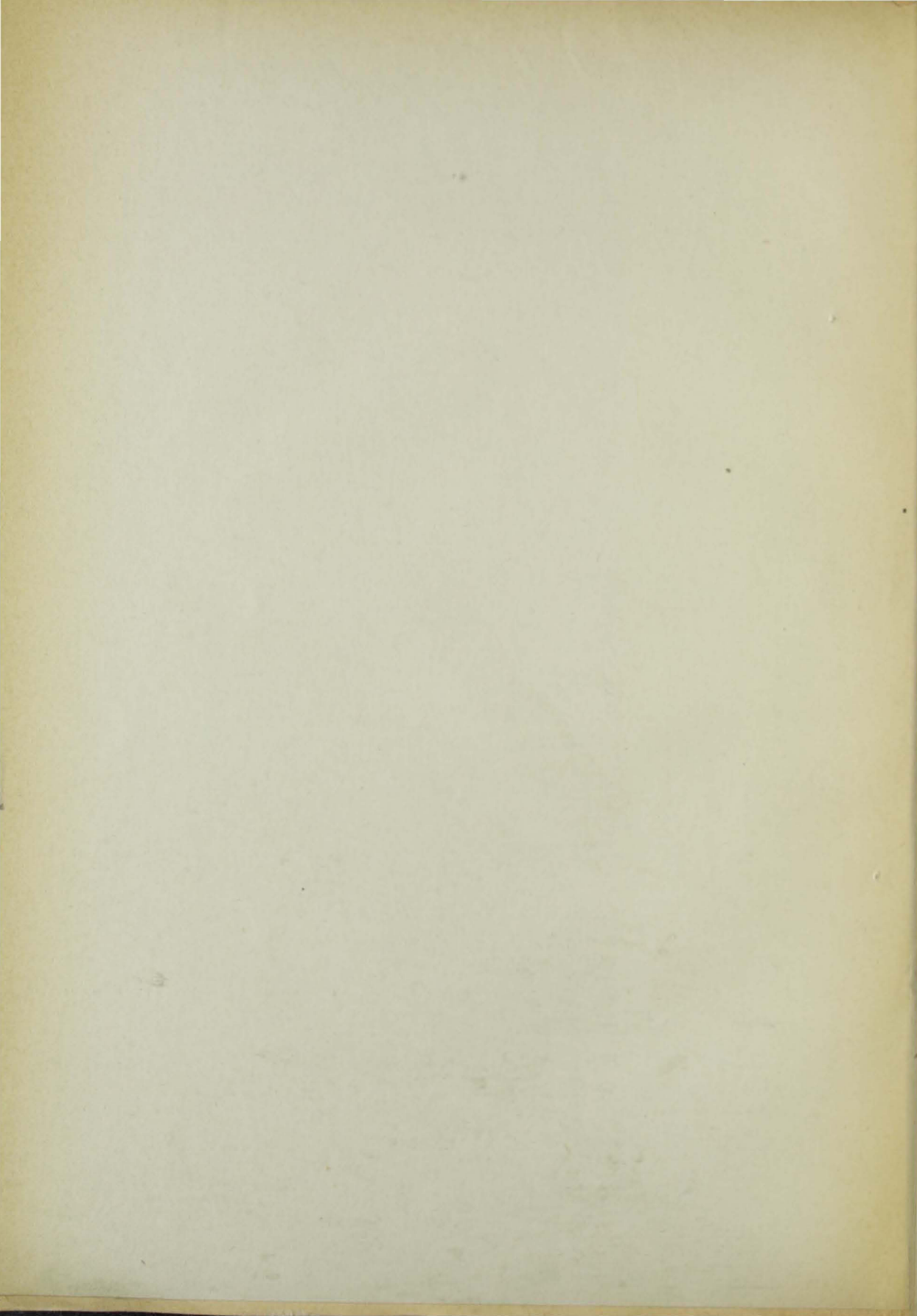
MEMORIA XLI

Dott. GIOMMARIA DEIANA
Assistente di Diritto Civile nella R. Università di Torino

I MOTIVI
NEL DIRITTO PRIVATO



TORINO
PRESSO L'ISTITUTO GIURIDICO DELLA R. UNIVERSITÀ
1939-XVII



DEP 550

TO 00164787

R. UNIVERSITÀ DI TORINO
MEMORIE DELL'ISTITUTO GIURIDICO

SERIE II

MEMORIA XLI

Dott. GIOMMARIA DEIANA
Assistente di Diritto Civile nella R. Università di Torino

I MOTIVI
NEL DIRITTO PRIVATO



TORINO
PRESSO L'ISTITUTO GIURIDICO DELLA R. UNIVERSITÀ
1939-XVII

N.ro INVENTARIO PRE 15818

PROPRIETÀ LETTERARIA

TORINO - TIPOGRAFIA ARTIGIANELLI - 1939-XVII
Via Juvara, 14

INTRODUZIONE

Fino a qualche anno fa la parola « motivo » in diritto privato era quasi sinonimo di elemento giuridicamente irrilevante. Il principio che il diritto non potesse di regola prendere in considerazione i fattori interni della volontà sembrava a tutti uno dei dogmi più certi della nostra scienza (1). Al giorno d'oggi s'incomincia a far strada la convizione che, senza essere vero il principio opposto, tuttavia nell'insegnamento tradizionale vi siano delle esagerazioni (2). Certo è che in alcuni studi recenti la dottrina ha avuto modo di segnalare come nel nostro stesso ordinamento positivo vi siano delle norme che attribuiscono ai motivi una certa rilevanza.

Dato questo stato di cose, mi è sembrato che uno studio specifico dell'argomento avrebbe potuto presentare un interesse, indipendentemente da quelli che sarebbero stati i risultati dell'indagine. Tanto più che in un ampio lavoro di uno dei più illustri

(1) Scriveva il REGELSBERGER, (*Pandekten*, Leipzig, 1893, Bd. 1, pag. 527): « Bei den Rechtsgeschäften ist regelmässig nur erheblich, ob jemand gewollt hat, nicht warum. Mit andern Worten: der Beweggrund bildet keinen Bestandteil des rechtsgeschäftlichen Thatbestands ». Vedi anche JHERING, *Geist des römischen Rechts*, Leipzig, 1906, III Teil, 1 Abt., pag. 210, secondo il quale il motivo è per la caratteristica giuridica del negozio qualcosa di completamente non essenziale (affermazione ch'è più o meno vera a seconda di ciò che s'intende per caratteristica giuridica).

(2) Già il DE RUGGIERO nella sua prolusione romana (*I dogmi del diritto privato e la loro revisione*, in *Archivio Giuridico*, vol. 97 (1927), pag. 141) osservava: « E per converso noi professiamo come un atto di fede l'altro dogma della volontà come cosa nettamente distinta dai motivi interni, dell'irrilevanza di questi di fronte alla volontà dichiarata, dell'insufficienza delle intenzioni non manifestate o non debitamente manifestate a produrre effetti giuridici. Ma è proprio vero quel che ormai da tutti s'insegna che i motivi interni sono irrilevanti pel diritto e se non si deducono in condizione o altrimenti non si elevino a momento decisivo dell'atto siano per questo come inesistenti? ».

civillisti francesi (1), dedicato appunto allo stesso tema, si è delineata una reazione all'insegnamento comune che, come tutte le reazioni, se ha avuto il merito di svelare una parte della verità, ha avuto anche il difetto di cadere nell'eccesso opposto e di causare errori prima non esistenti.

Nel presente lavoro noi ci proponiamo, dopo aver dato la nozione di motivo ed aver distinto il nostro elemento da altri elementi, ai quali suole talora essere accostato o contrapposto, di: *a)* dimostrare come non tutti quei casi, in cui negli ultimi tempi si è parlato di una rilevanza dei motivi, implichino veramente una presa in considerazione da parte del diritto del nostro elemento e come molti di quelli, in cui si potrebbe credere esista questa rilevanza, in verità non riguardano il nostro tema; *b)* determinare se e sotto quali aspetti i motivi vengano presi in considerazione dal diritto privato.

Come il lettore facilmente comprende, gli istituti che ci toccherà di studiare nel corso del lavoro, dato l'oggetto della nostra indagine, non sono nè pochi nè omogenei. Molti di essi hanno poi una grande importanza e sogliono perfino essere studiati in monografie speciali. Naturalmente noi ci siamo preoccupati di esaminare, a proposito di ciascuno di questi vari istituti, solo quelle questioni, che avrebbero potuto presentare interesse ai fini delle nostre ricerche. Il che non ha bisogno di una giustificazione.

Viceversa ritengo necessario giustificare perchè mai, mentre abbiamo creduto utile o conveniente dilungarci su taluni argomenti o su taluni aspetti della rilevanza giuridica dei motivi (ad es. sull'influenza che i motivi possono avere nei riguardi della liceità di un negozio), per altri ci è parso più opportuno non entrare in un esame particolareggiato delle varie questioni.

Questa disarmonia tra le varie parti è dovuta soprattutto a ragioni contingenti, cioè a dire al fatto che, mentre alcuni istituti sono stati largamente studiati dalla dottrina, per cui ai nostri fini bastava enunciare quella che a noi sembrava esser la tesi da seguire, altri invece sono stati trascurati, donde l'opportunità di dedicare ad essi un esame più approfondito.

(1) JOSSEMAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, 1928.

CAPITOLO PRIMO

La nozione di motivo e distinzione da altri elementi

SOMMARIO: 1. — Definizione di motivo. 2. — Rapporti tra motivo e circostanza di fatto. 3. — Motivo e scopo. 4. — Motivo e presupposizione. 5. — Motivo e causa. 6. — Motivo e *demonstratio*. 7. — Distinzioni che in dottrina sogliono farsi dei motivi.

1. — Motivi sono quegli elementi psichici che precedono e determinano l'atto di volontà.

Sulla loro più precisa natura si disputa in psicologia. Ci basti ricordare che, secondo una teoria abbastanza autorevole e diffusa, i motivi non constano di una semplice rappresentazione intellettuale, di un'idea, come qualche volta (1) si afferma, bensì della combinazione di rappresentazioni e di sentimenti (2), perchè,

(1) Così ad es.: GREEN TH. HILL, *Etica*, trad. it. di C. GORETTI, Bocca, 1925, pag. 107: « Motivo è un'idea di un fine che un soggetto autocosciente si rappresenta e si sforza e tende a realizzare ».

Tale concezione è comune tra i giuristi. Vedi tra i tanti: DEgni, *La successione a causa di morte, La successione testamentaria*, Padova, 1934, vol. II p. 10. BETTI, *Diritto romano. Parte generale*, Padova, 1935, pag. 292. MANIGH, *Anwendungsgebiete der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte*, Breslau, 1901, pag. 259. LEONHARD R., *Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge*, Breslau, 1907, 2^a ediz., vol. I, pag. 271.

(2) Scrive il WUNDT (*Compendio di psicologia*, trad. it., Torino, Clausen, 1900, pag. 150): E queste combinazioni di rappresentazioni e sentimenti che nel nostro apprendimento soggettivo del processo volitivo preparano immediatamente l'azione siamo soliti chiamare i motivi del volere. Noi possiamo ancora distinguere ogni motivo in una parte rappresentativa e in una sentimentale.

Vedi anche: SERGI, *Elementi di psicologia*, Messina, 1879, p. 583. FR. JODL, *Lehrbuch der Psychologie*, Stuttgart und Berlin, 1903, 2^a ediz. II Bd, p. 394, n. 10: « Nur diejenigen Reproduktionen, und Urtheile, welche mit Gefühlen associirt sind und diese im Bewusstsein neu beleben können, vermögen Impulse oder Motive für de Willen abzugeben ».

è stato giustamente osservato (1), un'idea propriamente detta, rimasta senza concomitanza di affezione emozionale, non spinge ad azione.

Poichè ai nostri fini uno studio approfondito della nozione di motivo, nozione che, sia detto tra parentesi, ci può esser fornita solo dalla psicologia (2), non sarebbe nè utile nè tanto meno necessario (3), riteniamo opportuno mettere in risalto soltanto quelle che sono le caratteristiche essenziali del nostro elemento, trascurando tutti quei problemi, la cui soluzione sarebbe per noi priva di ogni vantaggio.

Dalla definizione dianzi data risultano queste due conseguenze:

a) I motivi sono elementi psichici, che si riscontrano nel processo formativo della volontà.

b) Non tutti gli elementi psichici che in esso intervengono sono da considerarsi motivi.

Sul primo punto ogni ulteriore spiegazione ci sembra superflua, anche se qualche volta, per una scusabile inesattezza di linguaggio, si considerano motivi le circostanze di fatto, che formano oggetto delle rappresentazioni (4), anzichè le rappresentazioni stesse (5).

(1) SERGI, *op. cit.*, p. 583.

(2) Dico ciò perchè qualche volta si è creduto possibile dare delle definizioni di motivo *in senso giuridico*. Vedi ad es. quella del KUHLENBECK, *Von den Pandekten zum B. G. B.*, Berlin, 1897-1901, vol. 1, p. 402: «Motive in uristischen Sinne sind alle diejnigen Vorstellungen, die im concreten Rechtsgeschäfte als dessen Existenzbedingungen neben dem von Gesetze als abstracten Thatbestandsmomenten (*essentialia* und *naturalia negotii*) subintelligirten Willensinhalt nicht zum Ausdruck gebracht sind».

Ora, a parte l'oscurità, è evidente che una tale definizione non enuncia affatto quali sono le caratteristiche dell'elemento *motivo*; e ciò perchè esse sono di natura psicologica e non giuridica.

(3) Confr. JACCARINO, *Studi sulla motivazione*, Roma 1933, pag. 37 in nota

Sull'atteggiamento del giurista di fronte ai problemi di psicologia la cui soluzione gli è necessaria nei suoi studi vedi: MANIGH, *Anwendungsgebiet.....*, *cit.*, p. 56.

(4) In questa lieve inesattezza incorre ad es. il MALVAGNA, *Il problema della causa nei contratti*, in *Riv. di dir. civ.* 1934, p. 242, allorchè scrive: «Motivo è quella particolare circostanza di fatto che ha indotto ognuna delle parti a contrattare».

(5) Una volta detto che il motivo consta della combinazione di una rappresentazione con un sentimento, per semplicità di linguaggio indicheremo il motivo ora usando il termine *rappresentazione* ora l'altro *sentimento*.

Qualche delucidazione ritengo invece necessaria per il secondo punto.

Ciò che caratterizza il fenomeno psichico, a cui noi diamo il nome di motivo, è, come l'etimologia stessa della parola lascia capire, la proprietà che esso ha di eccitare o meglio ancora determinare l'atto di volontà (1). Si può dire che su questa il motivo esplica la stessa influenza che, nel campo fisico, la forza propulsiva sul movimento.

Vi sono invece tanti altri elementi psichici, che, pur intervenendo nella formazione dell'atto volitivo, sono sforniti della suddetta proprietà, e che pertanto non possono noverarsi nella categoria dei motivi (2). Così è ad esempio per la rappresentazione intellettuale, che il soggetto ha, degli effetti immediati dell'azione che sta per compiere. La decisione di comprare un libro non può esser determinata dal sapere che per effetto della conclusione del negozio si diventerà proprietari del libro: la conoscenza del risultato non costituisce un impulso a volere il risultato stesso. Si compra il libro perchè ci si propone di leggerlo o di regalarlo, perchè si vuol completare una collezione, perchè si vuol procurare un vantaggio a chi ci chiede di comprarlo e così via, ma non mai perchè si sa di scambiare il nostro danaro con il libro. Ciò varrebbe dire che si vuol comprare per... comprare.

Nella categoria dei motivi potrebbero invece collocarsi quegli elementi psichici, che in un determinato processo volitivo hanno agito in senso contrario alla decisione presa, cercando di ostacolarne la formazione.

Questi elementi, che possiamo chiamare *motivi antagonisti* o *contromotivi*, non differiscono infatti dai motivi veri e propri che per il senso in cui essi agiscono; ma dal punto di vista psi-

(1) Questa caratteristica risulta dalla maggior parte delle definizioni, ma sovente viene trascurata dagli autori nel corso delle loro indagini. Ciò, come vedremo, è stata causa di molti errori.

(2) Non mi sembra pertanto esatta la seguente affermazione del GIORGANI (*Negozi giuridici collegati*, in *Rivista italiana per le Scienze Giuridiche*, 1937, pag. 346): «... è motivo tutto ciò che non forma contenuto dell'intento, tutto ciò che non è venuto all'esterno mediante la dichiarazione di volontà». Inesatta è anche la nozione di motivo che mostra di avere il RUBINO (*Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937, pag. 125 e segg.) allorchè pretende vedere, a proposito del negozio indiretto, una rilevanza del motivo negli sviluppi anormali del rapporto. Ma di ciò parleremo a suo tempo.

cologico hanno una natura identica a quella dei motivi (1). Pur tuttavia preferiamo riserbare il nome di *motivi* a quegli elementi interni che determinano l'atto di volontà (2).

2. — Tenendo presente le considerazioni precedenti cerchiamo ora di determinare le relazioni che intercorrono tra i motivi ed alcuni altri elementi psicologici od obbiettivi, che con essi, più o meno a proposito, sogliono mettersi in confronto od in contrapposizione.

Essi sono: *a)* le circostanze di fatto; *b)* lo scopo; *c)* la presupposizione; *d)* la causa; *e)* la *demonstratio*.

a) La distinzione tra motivo e circostanza di fatto costituente l'oggetto della rappresentazione non dà luogo a nessuna difficoltà, perchè mentre il primo è un elemento psichico, il secondo è invece un elemento del mondo esteriore (3).

Mi pare pertanto che la quistione, sorta in tempi non lontani, se il rapporto fondamentale sia o no un motivo della volontà di obbligarsi cambiariamente (4), non poggi su basi molto solide. Infatti motivo potrà essere se mai la rappresentazione psichica del rapporto fondamentale, ma non mai il rapporto fondamentale.

Ora se, affermando che il rapporto fondamentale è un motivo (5),

(1) Essi infatti non sono altro che i motivi di una decisione, che non è stata presa, appunto perchè i motivi di un'altra decisione, essendo stati più forti dei primi, hanno spinto il soggetto a scegliere quest'ultima.

(2) In questo senso la maggior parte delle definizioni. Agli autori citati alla nota 1^a di questo capitolo si aggiunga, tra i tanti lo ZITELMANN (*Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879, pag. 108), la cui definizione mette bene in luce la caratteristica essenziale del concetto di motivo: « Die Ursache eines Willensacts, das also, was den Willen aus seiner Unbewegtheit aufschreckt und in Bewegung setzt, nennt man Motiv ».

Di opinione contraria è invece il VON TUHR (*Der Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Berlin und Leizig, 1910-1918, II Band, I Hälfte, pag. 124 nota 7), il quale nel concetto di motivo fa rientrare anche quello di contromotivo; ecco la sua definizione: « Unter Motiv verstehe ich jede geistige Tatsache (Vorstellung oder Gefühl) welche bei der Entstehung eines Willensentschlusses förderend oder hindernd mitwirkt ».

(3) Per la distinzione tra motivo e circostanza di fatto vedi: JACCARINO, *Studi sulla motivazione*, cit., pag. 46 e segg.

(4) Vedi MESSINEO, *I Titoli di credito*, Padova, 1934, vol. 1, pag. 162 e segg., ed autori citati.

(5) MESSINEO, *op. e vol. cit.*, pag. 165.

si vuol soltanto escludere che esso costituisca la causa in senso tecnico, l'inesattezza è priva di ogni dannosa conseguenza. Ma se invece, come fa qualcuno (1), oltre a ciò si vuol affermare la rilevanza dei motivi nel campo del diritto, allora l'inesattezza può essere causa di grossi equivoci e deve quindi essere evitata. Infatti nel caso da noi esaminato in tanto si può parlare di una rilevanza dei motivi, in quanto si dimostri che il diritto annette importanza non già al rapporto fondamentale ma alla rappresentazione psichica che di esso ha avuto il debitore cambiario. Non solo, ma in tanto si può parlare di una rilevanza dei motivi, in quanto si dimostri che il diritto non prende in considerazione il rapporto fondamentale, tutte le volte, in cui la volontà di obbligarsi cambiariamente sia sorta dietro l'impulso di un motivo diverso dalla rappresentazione psichica del rapporto fondamentale (ad es. violenza), perchè se non si riuscisse a dare questa dimostrazione sarebbe facile obiettare che al rapporto fondamentale vien data rilevanza indipendentemente dal fatto che la rappresentazione psichica di esso abbia influito o meno sul sorgere della volontà del debitore cambiario. Il che vorrebbe dire che nella rilevanza del rapporto fondamentale non si può vedere un caso di rilevanza dei motivi. Ma su ciò ritorneremo in seguito.

Come si vede dunque la distinzione tra motivo e circostanza di fatto, non è puramente accademica, perchè può essere anche utilizzata nel risolvere problemi giuridici.

3. — b) Tutt'ora incerti sono i rapporti che intercedono tra motivo e scopo, dati i molteplici significati che si sogliono attribuire a quest'ultima parola.

Secondo alcuni lo scopo, di norma, differirebbe dal motivo, perchè, mentre quest'ultimo consiste nel *sentimento* che spinge il soggetto a volere, l'altro si dovrebbe invece rinvenire nella *soddisfazione* di questo sentimento (2). I seguaci di quest'opinione ammettono però la possibilità che in qualche caso lo scopo s'identifichi con il motivo, costituendo la medesima cosa (3).

Altri ritengono al contrario che una distinzione tra i due

(1) Esplicitamente il MESSINEO, *op. e vol. cit.*, pag. 169.

(2) SERGI, *Elementi di psicologia, cit.*, pag. 586.

(3) SERGI, *op. cit.*, pag. 587.

elementi non sia concettualmente possibile in nessun caso (1). Non mancano infine di quelli, che, allontanandosi dell'opinione degli uni e degli altri, credono sempre possibile la distinzione (2).

Poichè un esame particolareggiato della questione ci porte-

(1) Vedi ad es.: KUHLENBECK, *Von Pandekten zum BGB*, vol. cit., pag. 339. Quest'autore nell'istituire un confronto tra motivo e scopo, non distingue tra scopo (*Zweck*) e rappresentazione psichica dello scopo (*Zweckvorstellung*), come se si trattasse di cose identiche. A me pare che una distinzione tra motivo e scopo (in senso obbiettivo) sia non solo possibile ma necessaria, mentre invece convengo sul punto che la distinzione tra motivo e rappresentazione psichica dello scopo sia difficile (non impossibile) e soprattutto inutile ai fini giuridici. Evidentemente il KUHLENBECK ha dato alla parola scopo (*Zweck*) un significato subbiettivo, quello cioè di rappresentazione psichica dello scopo (*Zweckvorstellung*); credo pertanto che si possa convenire nella sua opinione.

Sulla possibilità di dare alla parola scopo un significato obbiettivo o subbiettivo, vedi le esatte osservazioni del BARASSI, *Causa*, in *Encicl. Giur.*, n. 4. Sui rapporti tra motivo e scopo quest'autore scrive: «In fondo il motivo si riannoda allo scopo, perciò che la *visione dello scopo*, in quanto eccita ad una determinata azione, è rispetto a questa azione il motivo impellente». Come si vede dunque il BARASSI in fondo appartiene alla categoria di coloro che fanno coincidere lo scopo, inteso subbiettivamente, con il motivo.

Il COVIELLO N., *Manuale di diritto civile*, 4^a ediz., Milano, 1929, pag. 411. considera lo scopo come un motivo. Scrive infatti: «O che i motivi siano delle rappresentazioni psichiche di fatti già realizzati (cause impulsive) o di fatti di là da venire e a cui il negozio giuridico debba servire come di mezzo (*scopi, fini*) non si possono confondere con la causa...». Questa è d'altronde l'opinione dei più.

(2) Di quest'opinione è il LA LUMIA, *L'obbligazione cambiaria ed il suo rapporto fondamentale*, Milano, 1923, pag. 44, nota 116: «Motivo e scopo, sebbene vadano praticamente confusi, in realtà poi sono concetti rigorosamente distinti: il primo è la rappresentazione psicologica di un fatto che concorre a determinare la volontà, e quindi precede la perfezione del negozio ed in seguito ad essa sparisce, il secondo invece inteso come interesse perseguito dalla volontà, può essere il fatto medesimo, ma in quanto presuppone già perfetto il negozio che deve servirgli di mezzo. L'uno è dunque solamente oggetto del pensiero, l'altro anche della volontà». Sono d'accordo coll'autore nel ritenere che bisogna distinguere il motivo dallo scopo (inteso obbiettivamente), per le ragioni che espongo nel testo. Ma se si mettono a paragone il motivo con la rappresentazione dello scopo, non mi pare che la differenza stia nell'essere uno oggetto del pensiero l'altro oggetto del pensiero e della volontà. Una rappresentazione psichica non può essere infatti oggetto di volontà, nel senso voluto dal LA LUMIA. La quistione ad ogni modo è priva d'interesse.

rebbe troppo lontano, ci limitiamo ad esporre succintamente quella che è la nostra opinione in proposito.

Nel suo primo significato la parola *scopo* sta ad indicare qualcosa di obbiettivo, precisamente *ciò a cui si mira* (1). Riferita ad una qualsiasi azione umana, sta a significare il risultato mediato che mediante essa l'individuo si propone di conseguire, risultato, il cui raggiungimento è possibile attraverso il compimento di quella determinata azione. Un esempio servirà, spero, a chiarire il concetto. Tizio uccide una persona per derubarla. In tal caso l'azione che noi consideriamo, l'uccisione, è nei disegni dell'omicida soltanto un mezzo per il raggiungimento di un ulteriore risultato, il furto, che noi chiamiamo appunto scopo dell'azione. Lo scopo sarebbe dunque il risultato ultimo a cui tende il soggetto (2). Inteso in tal modo, il nostro elemento non si può far coincidere con il motivo, non foss'altro perchè, a differenza del primo che rappresenta un qualcosa di obbiettivo, quest'ultimo consiste in un fatto psichico.

Sovente però si parla, sia pure impropriamente, di scopo in senso subbiiettivo, cioè a dire per indicare non già il risultato ultimo che si vuol conseguire, bensì la rappresentazione intellettuale che di questo risultato ha il soggetto, allorchè si forma in lui la volontà di compiere quella prima azione, che costituisce un mezzo per il raggiungimento del risultato stesso. In altri termini in tali casi scopo è sinonimo di rappresentazione psichica dello scopo.

Sorge allora la questione se, preso in quest'ultimo significato subbiiettivo, lo scopo si distingua dal motivo. Ritorniamo all'esempio precedente: Tizio vuole uccidere perchè spinto da un motivo. Abbiamo già detto che il motivo consta della combinazione di una rappresentazione intellettuale con il sentimento che da essa si origina. Nel caso da noi prospettato è la visione anticipata del furto, che, unitamente al sentimento di piacere da essa provocato, spinge il soggetto a volere l'omicidio. Come si vede dunque la rappresentazione dello scopo costituisce la parte, diciamo così,

(1) In balistica, nel tiro a puntamento indiretto, si parla appunto di falso scopo.

(2) Vedi su questo punto: F. PUGLIA, *Se abbia importanza la ricerca del fine nella determinazione del momento consumativo del reato*, in *Filangieri*, XXI (1896), pag. 242.

intellettiva del motivo, in contrapposizione alla parte emotiva, ch'è data dal sentimento.

Ed allora è chiaro che a stretto rigore una differenza tra visione dello scopo e motivo esiste; non è stata avvertita perchè nel definire il motivo si è soliti considerarlo come una pura rappresentazione intellettiva, trascurando del tutto l'elemento emotivo.

Ma se da un punto di vista psicologico questa differenziazione dei due elementi può essere utile, mi pare che nessuna importanza abbia invece ai fini giuridici. Per cui non credo che dall'ignorarla possano sorgere degli inconvenienti (1).

4. — c) Venendo a parlare ora dei rapporti che intercorrono tra motivo e presupposizione, avverto che a quest'ultima parola noi intendiamo dare lo stesso significato attribuitole dal WINDSCHEID: presupposizione non è già ciò per cui si vuole una cosa, bensì ciò senza del quale non si sarebbe voluta (2).

Occupandosi, sia pure brevemente, delle relazioni, che esistono tra motivo e presupposto, l'illustre pandettista aveva detto (3): « Se questa parola (*motivo*) viene usata nel senso generale, che suole esserle attribuita nell'espressione *errore sul motivo* e che anche qui le viene attribuita, vale a dire la si intende come qualsiasi momento che nella dichiarazione di volontà viene preso in considerazione dal dichiarante, allora la presupposizione è effettivamente soltanto un motivo particolarmente qualificato. Se la si considera come quel momento che ha dato alla dichiarazione di volontà il primo impulso, allora bisogna dire che tanto poco ogni presupposto è motivo, quanto ogni motivo è presupposto ».

Data la nozione, che abbiamo dato, di *motivo*, a noi interessa controllare l'esattezza di quest'ultima proposizione dell'illustre pandettista.

(1) Sui rapporti tra motivo e scopo vedi oltre gli autori citati in precedenza, RUBINO, *op. cit.*, pag. 15 nota 6. Sul concetto di scopo vedi la concezione del CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1938, vol. II, pag. 396, 5; e, prima ancora, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, pag. 137.

(2) WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850, p. 7.

(3) WINDSCHEID, *op. e loc. cit.*

Sul punto che non ogni presupposto è un motivo, credo che, malgrado l'opinione contraria di qualche scrittore (1), non vi possa essere nessun dubbio.

Infatti vi sono infinite rappresentazioni psichiche, delle quali in un determinato processo volitivo, si può dire che in mancanza di esse la volontà non si sarebbe formata, senza che si possa peraltro dire che sono state esse a determinare la decisione presa dal soggetto. Lo stesso WINDSCHEID (2) ce ne dà un esempio: Un testatore lega a Tizio il fondo Tusculano, nell'erronea credenza che questo fondo gli appartenga. In siffatta ipotesi, qualora si dimostri che senza quella falsa opinione il legato non sarebbe stato fatto, per il WINDSCHEID, è ammissibile l'impugnativa. Ma ci troviamo forse di fronte ad un errore sui motivi? No, perchè il motivo che ha spinto il testatore a beneficiare il legatario, dovrà rinvenirsi in un sentimento di affetto, di riconoscenza, nel desiderio di ricompensarlo dei servizi resi o in qualcosa di simile. La rappresentazione che uno ha di essere proprietario di un bene non costituisce certo un motivo sufficiente per attribuire questo bene ad un terzo.

Non vi è dunque errore sul motivo, che ha determinato l'atto di volontà, ma vi è certamente un errore sul presupposto, perchè di quella credenza erronea si può dire che senza di essa il legato non sarebbe stato voluto.

Si faccia ancora quest'altro caso: Tizio compra all'estero delle macchine perchè, avendo ereditato dei poderi, intende sottoporli ad una intensa e razionale cultura. All'atto dell'acquisto egli crede che l'imposta doganale a carico delle macchine comprate ammonti ad un tanto, mentre invece pochi giorni prima è stato emanato un decreto che aumenta di molto la suddetta imposta e di cui egli ignora l'esistenza.

In siffatta ipotesi non si può parlare di errore sul motivo, perchè il motivo che lo ha spinto a concludere la compra (corrispondente, *grosso modo*, al desiderio di coltivare razionalmente i campi) è quanto mai vero. Vi è però un errore sul presupposto,

(1) Scrive il VENZI (in PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano* 4^a ediz., Firenze, 1904, vol. II, pag. 426): «In sostanza la presupposizione è un motivo, ma non ogni motivo è presupposizione».

(2) WINDSCHEID, *op. e loc. cit.*

perchè l'ignoranza, in cui egli versava intorno all'esistenza del decreto, ha impedito che sorgesse in lui una rappresentazione psichica, che, contrapponendosi al motivo e neutralizzandone la forza, avrebbe senz'altro ostacolato il nascere della volontà. L'ignoranza, in altri termini, non è stata un motivo (7) ma ha impedito il sorgere di un contromotivo e con ciò ha permesso (non determinato) la formazione di una volontà, che altrimenti non si sarebbe formata.

Più oltre e precisamente allorchè ci occuperemo in modo particolare dell'errore sui motivi, avremo occasione di ritornare su questo punto. Per non incorrere quindi in ripetizioni ed anche perchè una discussione prematura potrebbe disorientare un poco il lettore, crediamo opportuno non insistere ancora sull'argomento. Ci basti soltanto aver affermato e, spero, anche dimostrato che il presupposto non è sempre un motivo (8).

Cerchiamo ora di stabilire se sia vera l'altra affermazione del WINDSCHEID che cioè non ogni motivo è un presupposto.

(7) Giustamente osserva lo ZITELMANN (*Irrtum und Rechtsgeschäft*, cit., pag. 337) che l'ignoranza non può mai essere motivo della volontà; è possibile però concepire la ignoranza come assenza di un contromotivo. Si tenga presente la seguente ipotesi: Tizio va a passeggio, ignorando che sarebbe venuto a visitarlo un amico. Sarebbe assurdo dire che Tizio è andato a passeggio perchè spinto dall'ignoranza della visita (v. ZITELMANN, *op. cit.*, pag. 331); il motivo della sua volontà sarà stato il desiderio di godersi una bella giornata, d'incontrare un conoscente... ecc. Ma dal momento che Tizio non sarebbe uscito, qualora avesse saputo della visita, è esatto affermare che l'ignoranza ha impedito il sorgere di un contromotivo alla volontà di uscire.

(8) Non mi sembra pertanto esatta la seguente definizione di presupposizione data dal PACCHIONI *Dei contratti in generale*, 2ª ediz. Padova, 1936, pag. 173-174 e dal MAROI, *Delle donazioni*, Torino, 1937, pag. 318: «La presupposizione consisterebbe nella rappresentazione di un avvenimento positivo o negativo (presente, passato o futuro) *determinante* le parti a contrattare».

Non è necessario che la rappresentazione *determini* la volontà; si ha presupposizione anche se essa ha impedito il sorgere di un contromotivo o di una rappresentazione che avrebbe ostacolata la formazione dell'atto volitivo.

Sul concetto di presupposizione e sui rapporti che intercedono tra presupposizione o motivo si consulti l'interessante lavoro del KRÜCHMANN, *Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt*, in *Archiv. für civ. Praxis*, vol. 131 (1929), pag. 1-104, 257-292, le cui idee in proposito coincidono con quelle

A prima vista potrebbe sembrare di no, perchè se motivo è ciò che spinge il soggetto a volere, di ogni motivo sembrerebbe indispensabile dire che senza di esso la volontà non si sarebbe formata. L'affermazione del WINDSCHEID è stata giustificata da qualcuno (1) con il rilievo che la presupposizione ha per indispensabile requisito la riconoscibilità esterna. Ma ciò è inesatto, perchè il requisito suddetto richiesto dall'illustre pandettista come condizione necessaria per l'impugnabilità, in caso di errore, di certi negozi, non fa parte del concetto di presupposizione (2). La vera spiegazione deve trovarsi invece nel fatto che un atto di volontà può a volte essersi formato per la spinta di più motivi dotati di una forza tale da potersi dire di ciascuno di essi che, anche senza il concorso degli altri, sarebbe stato sufficiente a provocare la decisione presa. Così ad esempio, se Tizio si decide a beneficiare un amico per il motivo A ed il motivo B ed uno di questi si rivela erroneo, non può la disposizione essere impugnata, qualora si dimostri che anche senza il concorso del motivo erroneo, essa sarebbe stata ugualmente voluta.

In tal caso della falsa rappresentazione non si può dire che essa sia stata *presupposto* della volontà di beneficiare, dato che anche senza di essa la volontà, per ipotesi, si sarebbe formata, ma si può invece dire ch'è stata *motivo*, perchè ha contribuito, sia pure in concorso con un'altra rappresentazione, a far volere la disposizione (3).

esposte nel testo. Notevole la distinzione che l'autore fa tra presupposizione causale e presupposizione condizionale; soltanto la prima corrisponderebbe al motivo. Non sono errori sui motivi gli errori sulla presupposizione condizionale (*op. cit.*, pag. 45). Più oltre avremo occasione di citare più dettagliatamente i risultati a cui perviene questo scrittore.

(1) VENZI, *op. e loc. cit.*

(2) La riconoscibilità o meno della presupposizione, come vedremo meglio in seguito parlando dell'errore sui motivi, era presa in considerazione dal WINDSCHEID allo scopo di stabilire se per determinate categorie di negozi l'errore sul presupposto potesse o no influire sulla validità del negozio.

(3) Qualcuno potrebbe osservare che nel caso da noi prospettato la falsa credenza che l'amico abbia gerito gli affari non costituisce neppure un motivo, dovendosi questo rinvenire nella rappresentazione psichica dell'avvenuto salvamento. L'osservazione sarebbe però infondata, perchè noi abbiamo supposto che ciascuna delle rappresentazioni sarebbe stata sufficiente da sola a provocare l'atto di volontà. Il che vuol dire che questa si sarebbe formata

5. — d) Veniamo infine al raffronto tra causa e motivi. Generalmente s'insegna che i due elementi debbono tenersi distinti (1), ma le ragioni di una tale distinzione non sono sempre identiche presso tutti gli scrittori. La maggior parte di loro (2) sostiene che la differenza tra causa e motivo debba rinvenirsi nel fatto che la causa è cronologicamente l'ultimo dei motivi. Ritengono costoro che da un punto di vista psicologico la causa, intesa soggettivamente, abbia una natura identica a quella degli altri motivi (3). Qualche altro (4) invece va in opposto avviso e ritiene che la causa (in senso subiettivo) non si possa neppure considerare l'ultimo dei motivi, per la semplicissima ragione che non è un motivo.

Il dissidio è sorto principalmente per il fatto che alla parola *causa* non sempre si dà lo stesso significato (5) ed anche perchè

anche se Tizio non avesse saputo del salvamento. Ora ciò costituisce la prova migliore che la suddetta credenza ha agito, sia pure in concorso con l'altra rappresentazione, come motivo.

(1) L'affermazione è così comune che ogni citazione sarebbe superflua. Vedi comunque tra i tanti: COVIELLO N., *op. cit.*, pag. 411; DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, 6ª ediz., Messina, s. d., vol. I, pag. 264; PACCHIONI *op. cit.*, pag. 100; PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, nel volume: *In memoria di G. Venezian*, Messina, 1934, pag. 197; ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Studi in onore di Vivante*, vol. 1, pag. 42 nota 1; LA LUMIA, *op. cit.*, pag. 44; CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, 1927, pag. 22; VON TUHR, *op. e vol. cit.*, pag. 65 e segg.; LEONHARD F., *Allgemeines Schuldrecht des BGB*, München, 1929, pag. 387 e segg.

(2) Così ad es. il DE RUGGIERO, il COVIELLO N., il PACCHIONI, il LA LUMIA nelle *op. e loc. cit.*

(3) Scrive lo SCIALOJA V., *Negozi giuridici*, Roma, 1933, pag. 91: « Si fanno sforzi inutili quando si crede di trovare tra questa causa soggettivamente intesa e i motivi un'essenziale differenza dal punto di vista psicologico ».

Vedi anche il BETTI, *op. cit.*, pag. 214, il quale così si esprime: « Dal punto di vista psicologico, quindi, non vi è una differenza qualitativa fra la causa soggettivamente intesa (come determinazione causale tipica) e i motivi meramente individuali, perchè la causa diviene un motivo tra i motivi ». Dello stesso autore si consulti: *La Tradizione nel diritto romano classico e giustiniano. Lezioni*, Parma 1924-1925, pag. 73.

(4) VENZI, *op. e loc. cit.*, V. però in senso contrario: VENZI, *Manuale di diritto civile*, Torino, 1931, pag. 147.

(5) Vedi il nostro lavoro: *Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione*, in *Riv. di dir. civ.*, 1938, pag. 1 e segg. (questo lavoro apparso con molto ritardo nella Rivista per cause indipendenti dalla volontà della

nessuno si è mai preoccupato di stabilire con precisione la nozione esatta di motivo.

Su quest'ultimo punto spero di esserci ormai intesi. Per ciò che riguarda il primo, poichè un'esposizione sia pure sommaria delle nostre idee sul cosiddetto problema della causa (1) ci porterebbe molto lontani, credo che il partito migliore sia quello di non prendere posizione di fronte ad esso e di porre a raffronto i motivi con ciascuna di quelle concezioni di causa che si sogliono rinvenire nelle opere dei vari autori (2).

Se per causa s'intende la funzione economico-sociale di un negozio (3), è evidente che una confusione tra causa e motivo si rende impossibile, non costituendo questa neppure un elemento psichico. Si tratta di vedere però se la rappresentazione intellettuale della causa (causa in senso subiettivo) possa considerarsi un motivo.

Per chi ci ha seguito attentamente sino a questo punto la risposta negativa non può essere dubbia. Infatti la rappresentazione suddetta è sì un elemento interno, ma non possiede la caratteristica essenziale del motivo, cioè l'attitudine a spingere il soggetto verso una determinata decisione.

S'immagini il lettore quante volte vuole la funzione economico sociale della vendita o di qualsiasi altro negozio e vedrà che non per questo si sentirà indotto a volere la conclusione del negozio immaginato. Ciò è perfettamente spiegabile, perchè la rappresentazione, di cui ci occupiamo, non può suscitare alcun sentimento, è, secondo una felice espressione del CARNELUTTI (4)

Direzione è stato ad essa consegnata nella metà del 1936; le opere posteriori a questa data non sono state quindi tenute in considerazione).

(1) Per chi le volesse conoscere rinvio al mio citato lavoro.

(2) Terremo conto naturalmente delle più comuni, anche perchè ciò che diremo nel testo permetterà a chiunque di determinare con facilità se la rappresentazione psichica della causa, concepita in un determinato modo, sia o no un motivo.

(3) È l'opinione più diffusa tra i nostri autori. Vedi: SCIALOJA V., *op. cit.*, pag. 89; VENZI, in PACIFICI MAZZONI, *loc. cit.*; SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato*, 3ª ediz., Roma, 1921, pag. 309; COVIELLO, *op. cit.*, pag. 410 e segg.; MESSINEO, *Teoria dell'errore ostativo*, Roma, 1915, pag. 242; BETTI, *Diritto romano, cit.*, pag. 210; LA LUMIA, *op. cit.*, pag. 45; a questi potrebbero aggiungersene tanti altri.

(4) CARNELUTTI, *Teoria generale del reato, cit.*, , pag. 160, dove distingue le rappresentazioni psichiche in tre categorie: attraenti, indifferenti, repulsive.

da lui usata in altro proposito, una rappresentazione psichica indifferente. Nessuno può esser mosso a volere la conclusione di una compravendita per il solo fatto di sapere che la funzione del suddetto contratto consiste nello scambio di cosa contro prezzo. Tale rappresentazione non può nè indurre nè distogliere il soggetto dal volere il negozio. Il sapere che per effetto del contratto di compravendita diventerò proprietario del libro esposto in vetrina non costituisce certo una ragione sufficiente perchè mi debba sentire indotto a volere l'acquisto; la volontà di comprare il libro non si può formare che dietro lo stimolo di un bisogno, a suscitare il quale non può essere certo sufficiente la rappresentazione della causa.

Questa è stata considerata un motivo perchè un tal nome si suol dare a tutte le rappresentazioni interne; ma noi sappiamo già quanto ciò sia errato.

Quello su esposto non è il solo modo di concepire la causa. È noto infatti che in Francia la causa viene riferita alla obbligazione e non al negozio e definita pertanto come lo *scopo* che il soggetto intende perseguire obbligandosi (1).

Intesa in siffatta guisa, la causa in senso subbiettivo (rappresentazione dello scopo) può costituire o no un motivo a seconda dell'atto di volontà, che si vuol prendere in esame. Mi spiego meglio prospettando un caso.

Se noi consideriamo *la volontà* del compratore o del venditore *di concludere il negozio*, la rappresentazione dello scopo, che si vuol raggiungere mediante l'obbligazione, non costituisce un motivo di questa volontà, per le stesse ragioni, che abbiamo esposto or ora nel parlare della causa intesa come funzione economica sociale. Nessuno infatti può essere spinto a *comperare* dalla visione del fatto che il venditore rimarrà obbligato a trasferire la proprietà della cosa. Comprare significa infatti diventare proprietari di una cosa dietro pagamento di una somma. Ed allora dire che la rappresentazione dell'obbligazione del venditore possa considerarsi motivo della volontà del compratore di concludere il negozio, significa dire che la rappresentazione del voluto sia motivo del volere.....

(1) Su questa teoria e per le citazioni bibliografiche vedi il mio lavoro citato, in *Riv. di dir. civ.*, 1938, pag. 105 e segg.

Ma se noi anzichè considerare la volontà del compratore o del venditore di concludere il negozio, consideriamo *la volontà dell'uno o dell'altro di obbligarsi a trasferire la proprietà di una somma o di una cosa* (1), dobbiamo ammettere che la rappresentazione dello scopo costituisce il motivo di questa volontà. Si tratta infatti di vedere non il *perché* della volontà di concludere il negozio, ma il *perché* della volontà di obbligarsi, cioè a dire di trasferire la proprietà di una cosa o di una somma di danaro. Ed allora è esatto rispondere, come facevano i vecchi scrittori francesi, che il motivo per cui il venditore si obbliga è dato dalla rappresentazione psichica dello scopo da raggiungere, cioè a dire dalla rappresentazione psichica dell'obbligazione del compratore.

Ma questa rappresentazione non costituisce già, come generalmente s'insegna, il motivo ultimo o il motivo più vicino alla volontà, perchè esso è il *solo* motivo della volontà di obbligarsi. I cosiddetti motivi remoti in verità non sono che motivi ultimi, immediati della volontà di concludere il negozio, quindi di una volontà avente un diverso contenuto e perciò diversa essa stessa.

La dottrina dominante, in altri termini, in tutta questa discussione vertente sui rapporti tra causa in senso subbiettivo e motivi del negozio non è riuscita a separare nettamente i due diversi atti di volontà, volontà di concludere il negozio e volontà di obbligarsi (2), e a capire che i cosiddetti motivi subbiettivi, variabili, remoti sono i motivi del primo atto di volontà, il cosiddetto motivo fisso, costante, ultimo è il motivo del secondo atto di volontà.

Nei negozi causali quest'ultimo atto di volontà non si presenta autonomamente ma rimane implicito e, direi quasi, sottinteso nel primo atto di volontà, di modo che per motivi del negozio non possono intendersi che i motivi della volontà di concludere il negozio e non già della volontà di obbligarsi.

(1) Chi conclude un contratto di compravendita non vuole solo obbligarsi a pagare il prezzo, ma vuole anche che l'altro si obblighi a consegnare la cosa, vuole cioè lo scambio della cosa con il prezzo. Questa è la volontà negoziale, che deve tenersi distinta dalla volontà di trasferire la proprietà della somma.

(2) Della diversità di questi due atti di volontà si son resi conto quegli autori che distinguono il *cur contraxit* dal *cur se obligavit*, anche se non hanno saputo utilizzare la distinzione nella soluzione del quesito relativo ai rapporti tra causa e motivi del negozio.

Concludendo dunque possiamo affermare che la rappresentazione della causa può costituire o no un motivo della volontà a secondo della nozione, che si accoglie di causa e dell'atto di volontà, che si prende in considerazione.

Il fatto che talora vi sia una coincidenza tra rappresentazione della causa e motivo della volontà non deve destare alcuna preoccupazione, perchè trattandosi di nozioni appartenenti a discipline diverse, l'una al diritto, l'altra alla psicologia una confusione non sarebbe mai possibile. D'altronde vale la pena ricordare ancora una volta che un confronto è possibile solo tra motivo e rappresentazione della causa e non già tra motivo e causa.

6 — e) Poche parole basteranno a porre in luce le differenze tra motivo e *demonstratio* o, per essere più precisi, tra la dichiarazione motivata e quella contenente una *demonstratio*. Pre-scindiamo dal diritto romano (1) e fermiamoci solo a quello attuale.

Per *demonstratio* in esso bisogna intendere l'enunciazione di una particolare circostanza di fatto o di una particolare qualità di uno degli elementi presi in considerazione nella dichiarazione (persona, cosa), fatta allo scopo di meglio individuare questo elemento, che, si badi bene, si trova già per altra via determinato nella dichiarazione stessa.

Data questa nozione di *demonstratio*, che risponde a quella comunemente accolta dalla dottrina, anche romanistica, è abbastanza semplice comprendere come il raffronto non vada tanto istituito tra il motivo e la *demonstratio*, quanto invece tra questa e l'enunciazione del motivo.

La distinzione tra le due figure è comunque abbastanza semplice. Ed in vero la prima si differenzia dalla seconda per il fatto ch'essa non ci dice quale sia la ragione, il motivo, per cui la

(1) I romanisti, com'è noto, si sono largamente occupati della massima « falsa *demonstratio non nocet* » (vedi da ultimo l'interessante lavoro del GROSSO, *Sulla falsa demonstratio nelle disposizioni di ultima volontà*, in *Studi in onore di Bonfante*, Milano, 1930, vol. II, pag. 187 e segg., ed autori ivi citati). Per la nozione di *falsa demonstratio* vedi soprattutto: FISCHER, *Rechtsgeschäftliche Beiwerk*, in *Jhering's Jahrbücher*, vol. 76 (1926) pag. 1 e segg.; BANG, *Falsa demonstratio. Ein Beitrag zur Lehre der Auslegung und Anfechtung*, in *Jhering's Jahrbücher*, vol. 66 (1916), pag. 310 e segg.

volontà si è formata (il *quia*), ma serve solo a chiarire meglio un elemento della dichiarazione.

Il fatto che la circostanza o la qualità enunciata per questo secondo scopo costituisca a volte per il dichiarante l'avvenimento, che ha formato oggetto della rappresentazione psichica che ha spinto il soggetto a volere, non può certo creare dal punto di vista teorico una confusione tra i due istituti, ma soltanto una difficoltà pratica nello stabilire se ci troviamo di fronte ad una *demonstratio* o ad un'enunciazione del motivo. La differenza tra chi dice: *lego cento a Tizio che ha salvato mio figlio*, e chi dice: *lego cento a Tizio, perché ha salvato mio figlio*, è così netta ed evidente, che non vale la pena insistervi ancora.

Per quanto riguarda i rapporti tra volontà motivata e volontà condizionata per non incorrere in ripetizioni, rinviando il lettore ai brevi cenni contenuti nel capitolo seguente.

7. — Dei motivi sogliono farsi diverse distinzioni; ma esse ai fini giuridici, sono di scarsa importanza e, dal punto di vista psicologico, il più delle volte infondate (1). Poiché un'esposizione

(1) Così ad esempio quella del JOSSEKAND (*op. cit.*, pag. 27), che distingue i motivi in:

- a) motivi intrinseci, organici o intenzionali;
- b) motivi semplici, causali, determinanti;
- c) motivi teleologici o motivi-scopo.

L'autore fornisce i criteri discretivi di questi diversi tipi di motivi col seguente esempio: «È agevole, scrive egli, discernere queste tre categorie di motivi in un atto giuridico qualunque, per esempio nel mutuo di una somma di danaro, ch'è consentito ad un giocatore per alimentare la partita. Il motivo intrinseco ed organico è rappresentato dalla consegna dei denari (!); è quello che ordinariamente si chiama la causa dell'obbligazione del mutuatario, che non si obbliga a restituire se non perché egli ha ricevuto. Il motivo scopo è per ipotesi, conosciuto, la somma prestata destinata al giuoco (!!). In quanto al semplice motivo, a quello, che ha determinato il mutuante a rimettere la somma al giocatore, può variare all'infinito; risiederà nel sentimento di amicizia o di riconoscenza o nel desiderio di obbligarsi il giocatore o nell'insistenza con cui questi si è messo a reclamare il favore concessogli o fors'anche nella presa in considerazione degli interessi del locale, circolo o sala da giuoco, la cui prosperità è in funzione del giuoco».

A parte l'inesattezza di linguaggio, ch'è veramente impressionante e che non dovrebbe ammettere scuse per un autore che si occupa *ex professo* dell'argomento dei motivi, è facile osservare che in questa analisi dell'atto

completa di esse ci ruberebbe molto spazio, accenneremo soltanto alle principali.

a) Da alcuni autori (1) i motivi vengono distinti in *impulsivi* e *finali* a secondo che oggetto della rappresentazione psichica siano circostanze già realizzate o circostanze che debbono ancora prodursi e a cui l'azione, che si vuol compiere, deve servire come mezzo o presupposto per il loro avverarsi.

Poichè da un illustre civilista francese (2) è stato con tutta serietà sostenuto che non è vero che i motivi debbano sempre precedere l'atto di volontà, quasi che la seconda di queste due categorie di motivi dovesse giustificare l'affermazione, non ritengo inutile ricordare come essa si basi sulla solita confusione tra motivo e circostanza di fatto, che forma oggetto della rappresentazione. Ciò che può seguire l'atto di volontà è quest'ultima non invece la rappresentazione psichica, che deve sempre per necessità di cose precedere la decisione volitiva.

di volontà compiuta dal JOSSEKAND vengono facilmente confusi più atti di volontà: quella del mutuuario diretta all'assunzione dell'obbligazione, la volontà dello stesso mutuuario diretta alla conclusione del negozio ed infine quella del mutuante ad acconsentire a questa conclusione. Il cosiddetto motivo intrinseco od organico si riferisce al primo atto di volontà, il motivo scopo al secondo, il motivo semplice al terzo. Quindi non è affatto vero che in ogni atto di volontà si possano riscontrare le tre categorie di motivi indicate dall'illustre autore. Non solo, ma si può inoltre osservare contro la tripartizione del JOSSEKAND che, se una diversità esiste tra quello ch'egli chiama motivo scopo ed il motivo semplice in quanto il primo consiste nella rappresentazione psichica di un fatto di là da venire, il secondo nella rappresentazione psichica di un fatto già accaduto, non si sa vedere invece in che cosa il motivo organico, dal punto di vista psicologico, differisca dalle altre due categorie di motivi. La rappresentazione della causa dell'obbligazione, come abbiamo già detto, si può considerare un motivo, solo se si ha riguardo alla volontà di obbligarsi e non già alla volontà di concludere il negozio, nel caso nostro il mutuo. Ma riferita alla volontà di obbligarsi questa rappresentazione non si differenzia dal motivo scopo, se la consegna della somma di danaro si concepisce come un fatto posteriore all'assunzione dell'obbligazione, dal motivo semplice, se la consegna si configura (il che è più esatto) come un fatto anteriore. In altri termini il cosiddetto motivo organico non ha, dal punto di vista psicologico, una propria autonomia. Prova ne sia il fatto che se noi prendiamo in esame un atto di volontà non negoziale, mentre potremo scorgere in esso il motivo semplice o (a secondo i casi) il motivo scopo, non c'imbatteremo mai in questo preteso motivo organico.

(1) Vedi ad esempio: COVIELLO N., *op. cit.*, pag. 412.

(2) CAPITANT, *op. cit.*, pag. 24 nota 1.

b) Altri scrittori (1) parlano di *motivi impulsivi* in contrapposizione ai *motivi finali* o *determinanti*, per indicare una distinzione di diverso genere, il cui criterio discrezionale sarebbe dato dalla diversa intensità con cui il motivo agisce nella formazione dell'atto volitivo. Il nome di *motivo determinante* andrebbe riservato a quella rappresentazione psichica, che, in un determinato processo volitivo è stata sufficiente da sola ad indurre il soggetto a volere l'atto oppure che ha sì agito in concorso con altri motivi, ma ha avuto un'influenza tale nell'animo dell'agente, da potersi con sicurezza affermare che, anche quando si fosse presentata da sola, sarebbe stata sufficiente a provocare la decisione presa. Il nome di *motivo impulsivo* andrebbe riservato invece a quella rappresentazione psichica, che in un determinato processo volitivo ha contribuito insieme ad altre rappresentazioni ad indurre il soggetto a volere l'atto, ma non ha avuto una influenza tale da potersi dire che da sola, cioè a dire senza, concorso delle altre rappresentazioni, sarebbe stata sufficiente a provocare la decisione (2).

Su questa distinzione la dottrina suole insistere nell'interpretazione dell'art. 828 cod. civ., affermando che esolo il motivo determinante e non anche quello impulsivo può, se espresso, provocare in caso di errore l'invalidità della disposizione testamentaria. Ma di ciò parleremo più diffusamente in seguito.

c) Il lettore avrà spesso sentito parlare di *motivi prossimi*, *vicini* od *ultimi* in contrapposizione ai *motivi remoti* o *lontani*, che, a differenza dei primi, sarebbero giuridicamente irrilevanti. Si tratta però di una distinzione priva di ogni serio fondamento e dovuta solo a grossi equivoci, il più frequente dei quali è dato dalla confusione, che spesso si fa tra i motivi di un atto di

(1) TROPLONG, *Des donations entre vifs et des testaments*, Bruxelles, 1855, vol. 1, n. 379 e segg., con qualche contrarietà; RICCI, *Diritto civile*, vol. III, n. 110; GANGI, *I legati del diritto civile italiano*, 2ª ediz., Padova, 1932, vol. 1, n. 141, nota 3, senza chiarire esplicitamente la distinzione però; ALLARA, *Il Testamento*, 2ª ediz., Padova, 1936, pag. 151; Cass. Roma, 26 aprile 1907, in *Cass. Unica civile*, 1907, 503.

(2) Di motivo determinante in contrapposizione al motivo impulsivo si parla qualche volta in un senso diverso da quello, che abbiamo indicato nel testo Vedi ad es.: DUGUIR, *Traité de droit constitutionnel*, 2ª ed., Paris, 1921, vol. 1, pag. 231.

volontà ed i motivi di un secondo atto di volontà connesso al primo, ma da esso distinto (1).

d) Da qualcuno (2) i motivi sono stati distinti in *motivi semplici* (blossen Beweggrunde) e *motivi, che falsano il contenuto della dichiarazione* (inhaltfalschenden Beweggrunde).

Anche questa distinzione è priva di ogni consistenza. Poichè di essa dovremo tener conto, allorchè verremo a parlare dell'errore sui motivi, crediamo opportuno, per non incorrere in ripetizioni, rimandarne a questo momento l'esposizione e la critica.

Oltre alle distinzioni dianzi ricordate la dottrina suole accennare ad altre, come ad es. a quella tra *motivi principali e secondari*. Ma non credo che valga la pena occuparsene, perchè sfortunate, almeno ai fini giuridici, di qualsiasi importanza.

(1) Un esempio di questa confusione si ha in DUGUIT, *op. e loc. cit.*, il quale a proposito del mutuo concesso a chi intende partecipare ad un gioco non distingue la volontà di prendere del danaro a mutuo dalla volontà di giuocare, dando ai motivi di quest'ultima volontà la qualifica di impulsivi e a quelli della volontà di prendere del danaro a prestito la qualifica di determinanti. Un altro esempio di questa confusione, e proprio a proposito della distinzione dei motivi in prossimi e remoti, abbiamo già visto, parlando della distinzione tra causa e motivo e della contrapposizione tra volontà di obbligersi e volontà di concludere il negozio.

(2) R. LEONHARD, *Der Allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs*, Berlin, 1900, pag. 516 e segg.; MANIGH, *op. cit.*, pag. 273 nota 1.

CAPITOLO SECONDO

I casi in cui non si ha una rilevanza dei motivi

SOMMARIO: 7. Su alcuni significati della parola «motivo» nelle nostre leggi. La materia trattata in questo capitolo, che viene distinto in due sezioni. 8 e segg. *Sezione prima.* I casi nei quali non si ha una rilevanza dei motivi perchè l'elemento rilevante non è psicologicamente un motivo. 20 e segg. *Sezione seconda.* Casi nei quali non si può parlare di una rilevanza dei motivi, perchè il motivo non ha quella rilevanza che una parte della dottrina vuole attribuirgli.

7. — L'aver fissata sin dall'inizio la nozione di motivo e l'aver brevemente chiarito i rapporti che intercedono tra il nostro elemento ad alcune altre figure, che ad esso sogliono accostarsi o contrapporsi, ci rende ora più agevole dimostrare come a torto, si sia parlato o si potrebbe parlare di una rilevanza dei motivi a proposito di molti degli istituti, che saranno passati in rassegna nel presente capitolo.

Prima però di procedere a questa analisi è bene premettere alcune considerazioni di ordine terminologico, ma che presentano un certo interesse non fosse altro che per far comprendere al lettore perchè mai la nostra attenzione si sia fermata su alcuni casi, rispetto ai quali la legge non adopera neppure la parola «motivo», mentre invece si siano completamente trascurati degli istituti, per i quali ricorre sovente nel nostro stesso ordinamento positivo il suddetto termine.

Nella legislazione italiana, come anche nelle legislazioni straniere e nello stesso linguaggio comune, la parola «motivo» viene sovente adoperata in un significato diverso da quello suo proprio. Basta ricordare alcune norme per convincersene.

Negli articoli 118 e segg. cod. proc. civ. si parla di « motivi di ricusazione del giudice » per indicare non già le rappresentazioni psichiche che spingono una persona a ricusare il giudice, bensì i presupposti di fatto, ricorrendo i quali, il giudice può essere ricusato. Lo stesso significato ha il nostro termine allorché si parla dei motivi d'impugnativa di una sentenza (vedi tra i tanti gli artt. 496, 502, 503, cod. proc. civ). o allorquando la dottrina studia i motivi di revoca di una donazione (1).

Altre volte la parola « motivo » viene usata in un significato che si avvicina molto a quello della parola « ragione ». Ad esempio tanto per citare un caso, nell'art. 67 cod. civ. troviamo scritto che « qualora sia negato il consenso, il matrimonio può, *per gravi motivi*, essere autorizzato dal procuratore generale presso la Corte di Appello » e nell'articolo successivo che il Re, quando ricorrano gravi motivi, può dispensare da certi impedimenti.

Di motivi si parla anche per indicare gli argomenti o le considerazioni che possono sorreggere o giustificare un provvedimento dell'autorità giudiziaria o di qualsiasi altro organo. I motivi, che debbono essere enunciati nella sentenza, non sono altro che questi argomenti o considerazioni.

Accanto a questi, che, tra i significati non tecnici della parola « motivo », sono i principali, ve ne sono tanti altri ancora, che non vale la pena ricordare, dato che il nostro intento è solo quello di dimostrare con qualche esempio come sovente nella legge o nella dottrina si usi la parola « motivo », in un significato, che non ha nulla a che vedere con quello suo proprio.

Ora noi crediamo che nessuno possa muoverci rimprovero per aver del tutto trascurato l'esame di questi casi, rispetto ai quali non è lecito domandarsi se il legislatore abbia voluto dare una rilevanza al motivo, inteso nel significato suo proprio di rappresentazione psichica che spinge una persona a volere una qualche cosa.

La nostra attenzione si è invece fermata solo su quei casi, rispetto ai quali o può sorgere il dubbio se la parola motivo sia usata nel suo significato proprio oppure si è da qualche autore

(1) Che i motivi della revoca delle donazioni non siano motivi in senso tecnico, ma estremi o presupposti perchè il potere di revoca esista, è stato di recente sostenuto dal ROMANO SALV., *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1935, pag. 69.

parlato di una rilevanza dei motivi (come rappresentazioni psichiche che muovono il soggetto ad agire), ma secondo noi, a torto.

In contrapposizione a quelle norme, in cui la parola « motivo » viene adoperata impropriamente, ve ne sono delle altre, in cui invece, per indicare il motivo, il legislatore ha preferito servirsi di un altro termine. Mi basti citare l'art. 828 cod. civ., in cui come vedremo meglio a suo tempo, la parola « causa » si trova usata per indicare principalmente, se non esclusivamente (chiariremo in seguito questa nostra affermazione) il motivo, quale l'abbiamo definito nel precedente capitolo.

Naturalmente il fatto che la legge adoperi qualche volta il termine « causa » per indicare il nostro elemento psichico obbliga l'interprete a ricercare, almeno in quei casi in cui i dubbi possono a prima vista sembrare legittimi, se si sia voluto annettere rilevanza al vero e proprio motivo o non piuttosto ad altri elementi. E l'indagine non è sempre agevole, tanto vero che non sono mancati, come vedremo, degli autori d'illustre fama, i quali abbiano dato alla parola « causa », nell'interpretazione di alcune norme, un significato diverso da quello, che, a nostro modesto parere, deve invece considerarsi l'esatto.

Ed allora abbiamo creduto opportuno soffermarci su alcuni di questi casi, in cui la presenza della parola « causa » può far sorgere a prima vista il dubbio se il legislatore non abbia inteso attribuire rilevanza ai motivi.

Questo per quanto riguarda quegli istituti, che si trovano esplicitamente regolati dal legislatore. Ma ve ne sono di quelli invece, che sono di pura creazione dottrinaria e rispetto ai quali si è parlato di una rilevanza dei motivi, indipendentemente dall'esistenza di una norma di legge, che, con la sua formulazione, potesse far sorgere il dubbio di un'eventuale presa in considerazione del nostro elemento psichico.

Di tutti questi casi nel presente capitolo noi intendiamo considerare tanto quelli, per i quali ci è sembrato di poter dimostrare come l'elemento considerato giuridicamente rilevante ed individuato quale motivo della volontà in verità non sia affatto un motivo, ma tutt'altra cosa, come pure quelli, rispetto ai quali non è già che si possa mettere in dubbio che l'elemento considerato rilevante sia veramente un motivo, ma si può discutere se il motivo debba avere la rilevanza che gli si vuole attribuire. Donde l'opportunità di suddividere il presente capitolo in due sezioni.

SEZIONE PRIMA

Casi nei quali l'elemento rilevante non è un motivo

SOMMARIO: 8. Ordine con cui verranno esaminati vari casi. 9 - Il negozio indiretto - 10. I motivi elevati, come si suol dire, a condizione o a *modus* del negozio - 11. I motivi come elementi individuatori di una volontà giuridicamente rilevante - 12. La « causa » dell'art. 1104 cod. civ. - 13. Il rapporto fondamentale in materia cambiaria. 14 - Giusta causa o giusto motivo della disdetta o di altri negozi - 15. Giusti motivi per lo scioglimento di un rapporto ad opera della autorità giudiziaria. 16 - Giusti motivi di alcuni atti di ricusazione - 17. *Consilium fraudis* nell'azione pauliana - 18. L'intenzione fraudolenta negli atti in frode alla legge. - 19. L'art. 36 cod. proc. civ. e l'interesse ad agire.

8. — Non abbiamo ritenuto conveniente procedere ad una suddivisione in gruppi dei vari casi che stiamo per esaminare, soprattutto perchè ciò ci avrebbe portato a prendere posizione in varie questioni, la cui soluzione, una volta escluso che l'elemento rilevante sia un motivo, non avrebbe avuto ai nostri fini nessuna importanza. Tuttavia nella esposizione abbiamo proceduto con un certo ordine, esaminando per prima quei casi, in cui l'elemento rilevante è la volontà, successivamente quelli, in cui l'elemento rilevante è o la causa o una circostanza obbiettiva di fatto o una rappresentazione psichica che non rientra nella categoria dei motivi.

9. — Il caso più importante e che dimostra luminosamente l'abuso, che la dottrina è solita fare della parola « motivo », è quello del negozio indiretto.

Che in questa tanto discussa categoria di negozi si riscontri una rilevanza dei motivi ha originalmente affermato l'ASCARELLI(1)

(1) *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Studi in onore di Vivante*, Roma, 1931, vol. I, pag. 42 nota I; *Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione*, in *Riv. di dir. comm.*, 1930, p. II, pag. 470. Scrive egli: « Si potrebbe osservare che la qualifica d'indiretto in un negozio

ed il suo insegnamento è stato seguito da una parte della dottrina posteriore (1) e soprattutto dal più recente studioso dell'argomento (2), benchè negli ultimi tempi lo stesso ASCARELLI in alcuni dei suoi scritti (3) avesse già, sia pure velatamente, modificato in certo qual modo il suo primitivo punto di vista in proposito.

giuridico viene a dipendere dai motivi, ai quali così si concede rilevanza giuridica. L'osservazione sarebbe esatta, ma essa non costituirebbe una critica ». In altro luogo egli afferma (*op. cit.* pag. 41) che è « la varietà dei motivi a permettere la varietà dei suoi atteggiamenti concreti e quindi il raggiungimento di scopi ulteriori ben distinti da quello tipico del negozio ». In un lavoro più recente però (*Sul problema del negozio indiretto e della simulazione delle società commerciali nella giurisprudenza della Corte Suprema*, in *Foro It.*, 1936, 1, pag. 780), l'autore, pur continuando a parlare di una rilevanza dei motivi a proposito del negozio indiretto, chiarisce che questa rilevanza si ha di fronte a norme che normalmente non sono di diritto privato, ma fiscali e di politica economica.

(1) Vedi ad esempio, ma meno esplicito: GRECO, *Le società di comodo e il negozio indiretto*, in *Riv. di dir. comm.*, 1932, I, pag. 757 e segg. *passim*. Ma vedi ora dello stesso autore l'interessante nota: *La società di comodo e la vendita delle loro azioni*, in *Riv. di dir. comm.*, 1935, II, pag. 125 e segg., dove mi pare che il punto di vista dell'autore in ordine al problema della rilevanza dei motivi nel negozio indiretto, sia già diverso da quello primitivo dell'ASCARELLI (forse perchè appare meglio precisato).

La dottrina di gran lunga dominante si è pronunciata contro la rilevanza dei motivi nel negozio indiretto, ma non si è accorta dell'abuso che generalmente si fa in questa materia della parola « motivo ». Vedi comunque: SANTORO-PASSARELLI, *Interposizione di persona, negozio indiretto e successione della prole adulterina*, in *Foro It.*, 1931, 1, pag. 177; GRAZIANI, *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, in *Riv. di dir. comm.*, 1933, 1, pag. 417; DE GENNARO, *I contratti misti*, Padova, 1934, pag. 81 e segg.

(2) RUBINO, *op. cit.*, pag. 125 e segg. Quest'autore, come tanti altri, non ha una nozione esatta di motivo. Per lui i motivi sarebbero (pag. 110) gli elementi intenzionali (?) che stanno al di fuori di quella parte della volontà che deriva dall'immediato riflesso subiettivo della causa (?) e che rappresenta la parte tipica e formale del consenso e determina l'attrazione nel tipo e la immediata riconnessione di tutti gli effetti di questo modificabili ma non modificati con ulteriore specificazione di volontà. Ora, con tutto il rispetto dovuto all'autore, mi pare che in tutto ciò non vi sia molta chiarezza.

(3) Vedi ad esempio la nota: *Sulla dottrina del negozio indiretto nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Foro It.*, 1936, 1, pag. 1389 e segg. Richiamo l'attenzione del lettore sui seguenti passi: « Queste considerazioni sono sicuramente esatte e valgono, a me sembra, a mostrare l'errore della tendenza, pur qualche volta manifestata, che fa del negozio una categoria dommatica e dà agli scopi indiretti e cioè ai motivi, una decisiva e generale rilevanza

Per dimostrare l'errore, in cui cade la dottrina, occorre ch'io richiami brevemente quella che comunemente è la nozione di negozio indiretto. Secondo le parole stesse di uno dei più insigni studiosi dell'argomento (1), questo si avrebbe tutte le volte in cui le parti ricorrono ad un determinato negozio giuridico per raggiungere attraverso di esso indirettamente degli scopi, che sono diversi da quelli che si potrebbero indurre dalla struttura del negozio stesso.

Con il solito acume il GRECO (2) ha distinto, com'è noto, tre diversi tipi di negozi indiretti, ch'è bene avere presente, perchè l'esame particolareggiato di ognuno di essi e delle sue più importanti applicazioni faciliterà la nostra dimostrazione.

Il primo tipo si avrebbe in tutti quei casi in cui (cedo la parola allo stesso GRECO) « il negozio indiretto non rivela nella sua struttura giuridica l'ulteriore intento che lo ispira: qui la struttura e gli effetti del negozio, qual'è configurato e disciplinato dall'ordinamento positivo, soddisfano integralmente all'intento delle parti, anche se questo non è quello che determina la funzione normale del negozio, o non corrisponde allo scopo o ad una certa qualità dello scopo (per es. scopo lecito), che la legge vi presuppone. Le parti insomma attuano ed accettano in pieno l'istituto di cui s'avvolgono, senza rettifiche o correttivi, che importino

nella disciplina dell'istituto » (pag. 1390). Più oltre: « Gli ulteriori intenti sono semplici motivi e come tali non entrano nella causa del negozio, nè, in linea generale, influiscono sulla sua disciplina » (*loc. cit.*). Significativa è poi questa affermazione: « Poichè gli intenti ulteriori, ai quali mirano le parti, sono giuridicamente motivi, essi non possono trovare la loro realizzazione giuridica, ferma la loro rilevanza nei limiti su indicati, se non in quanto tradotti in particolari clausole contrattuali o in negozi accessori » (pag. 1392).

Ma allora, osserviamo noi, delle due l'una: o i motivi rimangono motivi, e allora le parti non possono realizzare nessuno scopo diverso da quello tipico ed il negozio neppure ai fini delle norme fiscali e di politica economica (non parliamo poi delle norme di diritto privato) presenta delle particolarità; ovvero i motivi vengono tradotti, come si suol dire con espressione inesatta, in clausole e negozi accessori ed allora, anche ammesso che ciò importi una rilevanza giuridica, come di norma avviene, questa rilevanza è della *volontà* e non dei motivi.

(1) ASCARELLI, *op. cit.*, in *Riv. di dir. comm.*, 1930, II, pag. 468. Vedi anche: *op. cit.*, in *Studi in onore di Vivante*, pag. 27.

(2) *op. cit.*, in *Riv. di dir. comm.*, 1932, I, pag. 773 e segg.

scostamenti dai suoi effetti normali e ciò perchè il negozio prescelto di per sè solo è sufficiente ai loro fini o perchè consente ad esse di procedere ad un ulteriore negozio, di cui il primo sia un presupposto necessario » (1).

Fermiamoci a considerare questo primo tipo. Ad esso il GRECO riconduce vari casi, tra cui quello dell'acquisto di una cittadinanza straniera a scopo di divorzio. Che in siffatto acquisto si debba rinvenire un caso di negozio indiretto è sostenuto anche dall'ASCARELLI (2).

Malgrado l'autorità di questi due scrittori a noi non sembra però che in esso ricorrano quelle caratteristiche, che, secondo le definizioni stesse dell'ASCARELLI e del GRECO, sarebbero necessarie per poter qualificare *indiretto* un negozio. Da queste definizioni, dianze riportate, risulta che si ha un negozio indiretto, allorchè le parti ricorrono ad un negozio, per raggiungere *attraverso esso* degli scopi diversi da quello tipico del negozio adottato. Ma nel nostro caso con l'acquisto della cittadinanza straniera non si raggiunge nessuno scopo, che sia proprio od analogo a quello di un'altro negozio od atto giuridico. Lo scopo che si raggiunge è quello tipico di ogni acquisto di cittadinanza. Che questo acquisto sia voluto perchè, una volta diventati cittadini del nuovo stato, sarà possibile addivenire alla pronuncia del divorzio, non significa — oso sperare — che con l'acquisto della cittadinanza si sia raggiunto uno scopo analogo a quello... del divorzio. Chi acquista la cittadinanza di uno Stato per divorziare non compie un atto diverso da chi acquista la stessa cittadinanza per poter diventare impiegato del nuovo Stato o per evitare il trattamento di disfavore che lo Stato fa agli stranieri o per mille altre analoghe ragioni. Abbiamo anche in questi casi degli esempi di negozi indiretti? Ad un'eventuale risposta affermativa noi obiettiamo che in tal modo non vi sarebbe acquisto di cittadinanza che non sia negozio indiretto. Se si risponde negativamente bisognerà trarre la logica conclusione che nemmeno l'acquisto della cittadinanza a scopo di divorzio sia un negozio indiretto, perchè, ripeto ancora una volta, con esso non si raggiunge nessuno scopo identico o analogo a quello di qualsiasi altro istituto. E' logico che chiunque

(1) *op. cit.*, pag. 773.

(2) *op. cit.*, in *Studi in onore di Vivante* vol. cit., pag. 91.

acquisti una cittadinanza debba essere spinto da un motivo ed avere in vista un determinato scopo. E', più che logico, necessario che questo motivo consista in qualcosa di diverso dalla rappresentazione psichica del risultato immediato che si ottiene con l'acquisto della cittadinanza, perchè, come abbiamo detto nel capitolo primo di questo lavoro, la visione del risultato immediato che si raggiunge con un determinato atto non è mai il motivo per cui l'atto è voluto.

Considerazioni analoghe possono farsi per il caso, prospettato dall'ASCARELLI (1), della conversione al cattolicesimo compiuta da acattolici per poter celebrare un nuovo matrimonio.

Non è neppure un negozio indiretto, a mio modesto parere, il matrimonio a mero scopo di legittimazione (2), perchè la legittimazione della prole se non è il solo scopo che si ottiene con il matrimonio è però uno dei tanti suoi scopi. Non si può quindi dire che attraverso il matrimonio si raggiunga uno scopo analogo o identico a quello di un altro istituto, dal momento che la legittimazione si può direttamente ottenere non solo con decreto reale ma anche con successivo matrimonio.

Tanto meno poi costituisce negozio indiretto l'esempio prospettato dal GRECO (3) della locazione di una casa di tolleranza. Come riconosce lo stesso illustre autore, qui non vi è nessuna alterazione o trasposizione di scopi, dato che la causa è sempre quella di ogni altra locazione, il negozio è voluto precisamente per lo scopo tipico che lo caratterizza. A ritenere il negozio indiretto l'autore è indotto però dalla considerazione che nel caso considerato vi è una trasformazione tra le due qualità dello stesso scopo: liceità ed illicietà. Ma, a prescindere da altre considerazioni, è facile obiettare che in tanto si può ritenere che questa trasposizione tra le due qualità dello stesso scopo sia sufficiente a rendere indiretto un negozio, in quanto prima si modifichi la nozione che lo stesso GRECO accoglie di negozio indiretto.

In questa sede noi non intendiamo però procedere ad una valutazione critica del concetto di negozio indiretto, perchè una discussione su questo punto ci porterebbe molto lontani dalla nostra strada. Diano quindi per esatti i risultati, a cui la dottrina

(1) *op e loc. ult. cit.*

(2) Come sostiene invece l'ASCARELLI *op. e loco cit.*

(3) *op. cit. pag. 774.*

è pervenuta in materia, ed ammettiamo pure, dato che l'amissione non influisce su quanto dovremo rilevare a proposito della rilevanza dei motivi, che si possano e si debbono ricondurre sotto il concetto di negozio indiretto i casi dianzi esposti, in relazione ai quali abbiamo manifestato il nostro dissenso.

Non mi sembra però che rispetto a questo primo tipo di negozi indiretti si possa parlare di una rilevanza giuridica dei motivi, dal momento che, per quel ch'io sappia e stando a ciò che si è scritto, da questa qualifica non discende alcun effetto giuridicamente rilevante. Lo riconosce in certo qualmodo lo stesso GRECO (1) allorchè scrive che « si capisce come questo primo tipo, interessante senza dubbio sotto l'aspetto, direi, della legge di eterogenesi dei fini applicati ai negozi e agli atti giuridici, possa presentare un interesse minore dal punto di vista domatico, poichè secondo il noto principio della normale irrilevanza dei motivi, esso tende a confondersi col negozio diretto ». Ritiene però l'illustre autore che utilizzando questa figura di negozio indiretto « si possa trovare una spiegazione teorica soddisfacente di un problema, che parrebbe altrimenti insolubile, del come cioè, mentre da un lato i motivi si dicono, e di regola sono, giuridicamente irrilevanti, dall'altro lato poi possano darsi negozio per causa illecita anche nel caso di contratti nominati, cioè previsti, accolti e disciplinati dalla legge secondo la loro causa tipica, si spiegherebbe in altri termini come possa essere illecita l'adozione di una causa negoziale, che la legge pur prevede ed ammette ». Ma a dire il vero, per spiegare questo che all'insigne autore sembra un problema insolubile, non è affatto necessario il ricorso alla figura del negozio indiretto, perchè, come vedremo in seguito, la questione può agevolmente rivolgersi ammettendo che l'illiceità dei motivi possa a volte esser causa di nullità del negozio, vale a dire riconoscendo che i motivi, che si dicono di regola irrilevanti, possono in caso d'illiceità avere un comportamento diverso da quella normale. Ma a parte ciò vale la pena rilevare che allorché si ammette, e giustamente, la possibilità di negozi illeciti entro l'ambito dei negozi tipici, non s'incorre nella benché minima contraddizione, dato che l'illiceità in questi casi discende non dall'elemento *causa* ma da altri elementi, quali l'oggetto, la con-

(1) *op. cit.* pag. 773.

dizione, il *modus*, i motivi. La locazione o la vendita di un postribolo sono nulle non perchè sia considerato illecito dalla legge il *vendere* o il *locare*, ma perchè è considerato illecito l'oggetto della vendita e della locazione. Anche qui, come nel caso della locazione di un immobile destinato ad ospitare un postribolo, abbiamo l'adozione di una causa negoziale accolta e disciplinata dalla legge. Eppure per spiegare la nullità della vendita di una casa di tolleranza nè il GRECO nè nessun altro penseranno di ricorrere alla figura, che qui non potrebbe trovare applicazione, del negozio indiretto. Ed allora non vedo perchè mai si debba far ricorso ad essa nella questione della validità o meno della locazione di un appartamento in cui dovrà installarsi un locale di meretricio, questione che, come vedremo, anche ammettendo la rilevanza dei motivi illeciti, non è detto, per diverse ragioni che più oltre esporremo, che debba risolversi nel senso favorevole alla nullità. Che nella soluzione di questo quesito non ci possa neppure teoricamente esser d'aiuto la categoria, ch'io credo artificiosa, del negozio indiretto, ci è chiaramente dimostrato dal fatto che il problema del come si possa avere un negozio illecito entro l'ambito di un tipo accolto ed approvato dalla legge sorge — anche limitandoci a considerare quelle ipotesi in cui, essendo lecito il contenuto del negozio, l'illiceità non può derivare che dai motivi, dagli scopi remoti — in fattispecie in cui del negozio indiretto, inteso al modo dei fautori di questa figura, non c'è neppure l'ombra. Mi limito a citare il caso dei mutui concessi a chi intende impiegare la somma in scopi illeciti, le donazioni a favore di concubine e fatte al fine di invogliare alla continuazione dei rapporti illeciti, negozi questi sulla cui validità si disputa allo stesso modo che sulla validità di una locazione di un appartamento da destinarsi a postribolo e che col negozio indiretto non hanno nulla a che vedere. Il che dimostra chiaramente che la soluzione teorica soddisfacente del problema a cui ri richiama il GRECO, non ci può essere fornita dall'utilizzazione della figura del negozio indiretto, ma da altri principi, che a suo tempo cercheremo d'individuare.

Rispetto a questo primo tipo di negozio indiretto non si può quindi parlare di una rilevanza dei motivi sol perchè la presenza di uno piuttosto che di un altro motivo non determina una disciplina diversa da quella peculiare al negozio tipico.

Ma quando la dottrina parla di una rilevanza dei motivi nel

nostro argomento intende riferirsi di solito non a questo, ma agli altri due tipi di negozi indiretti, che veniamo subito a considerare.

Il secondo tipo sarebbe caratterizzato « dalla circostanza che l'intento ulteriore penetra e si rivela nella struttura del negozio adottato, di cui perciò viene a costituire un elemento o una condizione: con ciò il negozio viene non solo deviato dalla sua funzione originaria, ma in certo senso forzato per farlo servire ad una nuova funzione con un carattere che contrasta con la sua causa tipica, qual'è configurata dall'ordinamento positivo » (1). Esempi di questo tipo sarebbero, secondo il GRECO (2) « alcune manifestazioni dello scopo di garanzia realizzato mediante la forma della vendita » ed il caso del mandato irrevocabile « ove tale clausola rivela l'ulteriore intento, non solo estraneo, ma contraddittorio con la causa tipica del mandato, di far servire questo negozio e precisamente la trattazione dell'affare in sè e per sè anche all'interesse del mandatario ».

Il terzo tipo infine comprenderebbe tutti quei casi in cui « l'attuazione dell'intento ulteriore richiede un distinto e separato accordo, tale che debba restare estraneo alla struttura e agli effetti del negozio adottato, operando al di fuori di questo, di guisa che questo non ne resti intrinsecamente alterato nè modificato » (3). I negozi fiduciari costituirebbero l'esempio più importante di quest'ultimo tipo.

Non intendo discutere se i casi rientranti in questi due ulteriori tipi siano di veri e propri negozi indiretti. Una cosa soltanto voglio rilevare, cioè ch'essi non rispondono in tutto e per tutto alla definizione, che comunemente si dà di negozio indiretto. Si dice che questo ricorre tutte le volte, in cui (il lettore fermi la sua attenzione sulle parole in corsivo) *un determinato negozio tipico* vien posto in essere per raggiungere indirettamente *uno scopo ch'è proprio di un altro negozio*. Ma è curioso come gli autori non si siano generalmente accorti di due cose: a) che lo scopo che si raggiunge, ponendo in essere il negozio indiretto, è solo *analogo* (anzi il più delle volte di un'approssimazione molto relativa) ma non *identico* a quello di un altro negozio; il che vuol dire che lo scopo tipico di un negozio non può essere rag-

(1) Così testualmente il GRECO, *op. cit.*, pag. 774.

(2) *op. cit.*, pag. 776.

(3) La definizione è del GRECO, *op. cit.*, pag. 777.

giunto che ponendo in essere questo negozio e non un altro; b) che per raggiungere questo scopo soltanto analogo non basta concludere un negozio, che di norma serve al raggiungimento di un altro scopo, ma occorre inoltre modificarlo con l'aggiunta di clausole, di condizioni, di accordi separati; ed allora si può più dire che lo scopo analogo a quello proprio di un altro negozio si raggiunga con il negozio indiretto x, o non bisogna dire invece che si raggiunge con il negozio x più la clausola y, più la condizione z oppure l'accordo separato k? (1).

Il lettore tenga presente il negozio fiduciario, che rappresenta secondo la dottrina dominante (2), se non l'unico esempio di negozio indiretto, almeno il principale. Tizio trasferisce la proprietà del fondo tuscolano a scopo di garanzia. Lasciamo da parte

(1) In questo stesso ordine d'idee mi pare sia il GRAZIANI, *op. cit.*, pag. 417 allorchè scrive: « se la clausola è incompatibile con la causa tipica del negozio, ed allora non potrà più parlarsi di quel negozio, sia pure a scopo indiretto, ma di un altro negozio, di cui dovrà indagarsi la natura e la liceità ». Vedi anche GRASSETTI (*Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico in Riv. di dir. comm.*, 1936, I, pag. 362): « A me sembra piuttosto che sia osservazione decisiva contro la categoria del negozio indiretto questa: che se, come largamente oggi si riconosce, il negozio in tanto ha titolo alla qualifica di indiretto in quanto sia causale, delle due l'una: o sussiste anche empiricamente la causa tipica, ed allora il negozio produce i suoi effetti ed è valido, ma sono irrilevanti i motivi ulteriori che si accompagnano a quella causa, onde ne deriva la irriverenza dommatica della categoria; oppure la causa tipica non sussiste empiricamente, ed allora è vano parlare di negozio indiretto, perchè o si avrà negozio di tipo diverso, o negozio atipico ». Di quest'ultimo autore vedi anche l'altro lavoro: *Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dell'intento empirico*, in *Studi economico-giuridici della facoltà di giurisprudenza della R. Univ. di Cagliari*, 1936, pag. 141, c.

(2) Vedi tra i tanti: ASCARELLI, *op. cit.*, in *Studi in onore di Vivante*, vol. 1, pag. 32; GRECO, *op. cit.*, pag. 777; CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1935, pag. 39.

Nel senso che i negozi fiduciari esauriscano la categoria, se di categoria si può parlare, dei negozi indiretti, si pronunziano: FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, 5ª ediz., Roma, 1922, pag. 86 e segg.; SANTORO-PASARELLI, *op. cit.*, in *Foro It.*, 1931, I, 177.

Nel senso che il negozio fiduciario non sia un negozio indiretto: GRAZIANI, *op. cit.*, pag. 416; GRASSETTI, *op. cit.*, in *Riv. di dir. comm.*, 1936, I, pag. 363.

Un atteggiamento particolare è quello del RUBINO, *op. cit.*, pag. 101, che procede con delle distinzioni, sulle quali non è il caso di soffermarsi.

la questione se ci troviamo di fronte ad un negozio unico o a due negozi (1). Ciò ch'è innegabile è che le parti si accordano su due punti: a) trasferimento di proprietà; b) obbligo di usare della cosa ai fini della garanzia e quindi di restituirla in caso di estinzione del debito. Orbene non ci vuol molto a comprendere che lo scopo raggiunto con l'accordo su questi due punti non è affatto lo stesso di quello che si sarebbe raggiunto con qualsiasi altro negozio di garanzia (ipoteca, pegno... ecc.); che il negozio con cui è stato possibile raggiungere questo scopo atipico non è il negozio astratto di trasferimento della proprietà (2), bensì questo negozio più l'accordo ad efficacia obbligatoria,

Teniamo anche presente il caso tanto controverso del *negotium mixtum cum donatione*. Si dice generalmente dai nostri più recenti scrittori ch'esso rappresenta un negozio indiretto (3), caratterizzato dal fatto che attraverso una vendita od altro contratto a titolo oneroso si raggiunge lo scopo della donazione. Non vi è nulla di più falso di quest'insegnamento, perchè, come credo di aver dimostrato in altra sede (4) tra gli elementi costitutivi del *negotium mixtum cum donatione*, lo si costruisca come si voglia, rientra l'accordo delle parti di considerare una parte della prestazione come fatta a titolo gratuito e per spirito di liberalità. Quindi l'intento di arricchire, in modo che questo arricchimento venga giuridicamente considerato una donazione, non si raggiunge affatto con un semplice contratto di vendita ma con qualcosa di molto più complesso. Se le parti hanno concluso un semplice contratto di vendita, anche se una di esse era internamente animata dal proposito di avvantaggiare con lo scambio l'altra, il negozio resta *vendita* e di indiretto non ha proprio niente.

(1) Per la tesi che vede nel negozio fiduciario l'insieme di due contratti si pronunziano: GOLTZ, *Das fiduziarische Rechtsgeschäft*, Marburg, 1901, pag. 12; CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, pag. 28. Per l'unicità invece: GRASSETTI, *op. cit.*, in *Riv. di dir. comm.*, 1936, 1, pag. 358; ASCARELLI, *op. cit.*, in *Studi in onore di Vivante*, vol. 1, pag. 36.

(2) Ammesso che si tratti di due negozi.

(3) Vedi ad esempio: ASCARELLI, *op. cit.*, in *Riv. di dir. comm.*, 1930, II, pag. 462 e segg.; DE GENNARO, *op. cit.*, pag. 204 e segg.; MAROI, *Delle donazioni*, Torino, 1936, pag. 271 e segg. Altri richiami nel mio lavoro citato alla nota successiva.

(4) *La natura giuridica del negotium mixtum cum donatione*, in *Riv. di dir. e prat. comm.*, 1938, pag. 34 e segg. dell'estratto.

È tempo però di ritornare sui nostri passi. Ammettiamo pure che nei casi ricompresi negli ultimi due tipi ci troviamo di fronte a dei negozi indiretti (il che si può ammettere a patto che si modifichi la definizione solita di negozio indiretto). Vi è forse in essi una rilevanza dei motivi?

Una risposta affermativa a questo quesito sarebbe possibile soltanto se si riuscisse a dimostrare che le clausole o le condizioni, che s'immettono nel negozio stesso per asservirlo ai fini particolari dei contraenti, gli accordi, che vengono separatamente conclusi per modificare le conseguenze a cui senza di essi porterebbe il negozio, siano... delle rappresentazioni psichiche e per giunta dei motivi. Ma questa dimostrazione non è possibile per una ragione molto semplice, cioè a dire che le clausole accessorie del negozio, gli accordi separati sono dei veri e propri atti di volontà. Quindi non vi è rilevanza di motivi, bensì una rilevanza di manifestazioni di volontà. Basta esaminare i casi più importanti per convincersene. Nel negozio fiduciario i motivi per cui le parti ricorrono ad esso, anziché al mandato, alla garanzia... ecc., sono del tutto irrilevanti. Ciò che conta, ciò, a cui il diritto annette importanza, è l'accordo obbligatorio delle parti, attraverso il quale il trasferimento di proprietà può servire al raggiungimento degli scopi da esse voluti. Nella costituzione delle società di comodo, in cui si è voluto vedere un negozio indiretto (1), più precisamente un negozio fiduciario (2), rilevante è l'accordo separato, intervenuto tra i soci compiacenti e colui che intende avere tutte le azioni. I motivi non hanno nulla a che vedere, tanto vero che, come riconosce lo stesso ASCARELLI (3), senza quest'accordo l'atto costitutivo della società sarebbe per usare le parole del GRECO (4), normale e diretto.

(1) ASCARELLI, *op. cit.*, in *Studi in onore di Vivante*, vol. 1, pag. 59 e segg.; *op. cit.*, in *Foro It.*, 1936, 1, pag. 778 e pag. 1389. Contro questa tesi si sono però pronunziati: DOMINEDÒ, *Le anonime apparenti*, Siena, 1931, pag. 45 e segg.; RUSSO, *Sulla simulazione delle società commerciali*, in *Giur. It.*, 1931, IV, pag. 118; SALANDRA, *Le società fittizie*, in *Riv. di dir. comm.*, 1932, 1, pag. 300.

(2) GRECO, *op. cit.*, pag. 790; DE GENNARO, *op. cit.*, pag. 76 e segg. Però contro questa tesi si è pronunziato lo stesso ASCARELLI, *op. cit.*, in *Foro It.* 1936, 1, pag. 1390.

(3) *Op. ult. cit.*, pag. 1391.

(4) *Op. cit.*, pag. 789.

Considerazioni analoghe possono farsi per tutti gli altri casi di negozi indiretti.

Mi par quindi di aver dimostrato l'errore, in cui cade la comune dottrina allorchè parla a proposito di questa controversia e, secondo noi, infruttuosa categoria (se di categoria si può parlare) di negozi, di una rilevanza dei motivi.

10. — È molto comune — tanto che ritengo inutili le citazioni — l'affermazione che i motivi sono rilevanti, se elevati a condizione (o a *modus*) del negozio. Anche quest'affermazione è erronea. Basta fermare la nostra attenzione su di un caso qualsiasi, per convincersene.

Tizio, dovendosi con ogni probabilità recare in altra località, decide, in vista di ciò, di vendere il suo fondo. Ma poichè non è certo se questo trasferimento dovrà avvenire e poichè l'unico motivo per cui vende è la considerazione di quest'avvenimento futuro, per maggior sicurezza subordina l'efficacia della vendita al verificarsi della partenza. Se questa non avviene, Tizio continuerà ad essere il proprietario del fondo. Vi è in ciò una qualche rilevanza di motivi?

No di certo, perchè l'inefficacia del negozio, nel caso in cui la partenza non avvenga, non è ricollegata dal diritto al fatto che la dichiarazione è stata voluta dietro la spinta della rappresentazione psichica di una circostanza che poi non si è verificata, bensì al fatto ch'essa è stata voluta sotto condizione e l'avvenimento posto in condizione non si è verificato. Il negozio sarebbe inefficace anche nel caso in cui il fatto dedotto in condizione fosse, ai fini della determinazione volitiva, del tutto indifferente. Supponiamo che Tizio, volendo rifornire di armi un certo partito di opposizione, per non far nascere dei sospetti al governo, stipuli un contratto di acquisto di armi sotto la condizione che scoppi la guerra in un paese straniero, quasi per far capire che le armi saranno destinate a questo paese. Se la guerra non scoppia, la vendita sarà ugualmente inefficace, benchè il compratore sia stato mosso da tutt'altra ragione che dalla considerazione dell'avvenimento dedotto in condizione.

Questo caso dimostra anche come sia erronea l'affermazione di coloro (1), i quali sostengono che la condizione psicologicamente

(1) Cfr : BECHMAN, *Der Kauf nach gemeinen Recht*, Erlangen, 1884, II Theil, 1 Abth., pag. 212 e segg. ; KUHLENBECK, *op. cit.*, vol. 1, pag. 387.

non sia altro che un motivo manifestato in modo particolare. Ciò è inesatto, in primo luogo perchè la condizione, s'intenda con questa parola l'avvenimento futuro ed incerto o la volontà di condizionare il negozio, non ha nulla a che vedere con il motivo, ch'è una rappresentazione psichica, in secondo luogo, perchè anche correggendo l'affermazione degli avversari nel senso che l'avvenimento posto in condizione s'identifica con l'oggetto della rappresentazione psichica che muove il soggetto ad agire, ciò non è sempre vero, potendo l'avvenimento dedotto in condizione non aver avuto nessuna influenza ai fini della determinazione volitiva.

Con ciò però non intendiamo escludere che alle volte tra l'oggetto della rappresentazione psichica ed il fatto da cui si fa dipendere l'efficacia del negozio non vi possa essere un'identità. Quello che a noi preme notare, di fronte all'affermazione della dottrina che il motivo diviene rilevante se elevato a condizione, è che con questa trasformazione del motivo in condizione (mi si perdoni il linguaggio, ch'è indubbiamente inesatto) non si ha più una rilevanza del motivo, ma della volontà.

In certi casi tuttavia stabilire se la considerazione dell'avvenimento dedotto in condizione abbia agito come motivo della volontà può avere una certa importanza. In Francia, com'è noto, una parte della dottrina (1) e della giurisprudenza (2) sostiene che, data l'apposizione di una condizione illecita ad una disposizione testamentaria, questa si debba considerare nulla, qualora si dimostri che la condizione ha costituito il motivo determinante della volontà. Il che si può esprimere con linguaggio meno impreciso dicendo che il negozio è nullo (mentre si dovrebbe solo considerare come non apposta la condizione) se il soggetto ha fatto la disposizione perchè mosso dalla rappresentazione psichica dell'avvenimento dedotto in condizione e che sovente costituisce un atto che l'onorato dovrà compiere. Così ancora, ponendosi nello stesso ordine d'idee, il legislatore del progetto definitivo del libro terzo del nostro futuro codice civile ha disposto all'art. 331 che « quando l'onere sia illecito od impossibile si considera come non apposto; ma se consti ch'esso abbia costituito il motivo unico della donazione, questa non ha effetto ». Ora, a prescindere dall'inesattezza del linguaggio, il legislatore ha voluto dire che se una persona è stata

(1) Vedi: JOSSERAND, *op. cit.*, pag. 185 e segg.

(2) Vedi le citazioni in: JOSSERAND, *op. cit.*, pag. 187.

spinta a volere la liberalità dal desiderio di conseguire ciò ch'è stato imposto come onere, il negozio è nullo.

In questi casi evidentemente rilevante non è più la volontà ma il motivo, perchè la conseguenza prevista dalla legge non è ricollegata all'esistenza di una condizione o di un onere illecito, ma al fatto che il motivo per cui si è agito è stato illecito e che tra l'avvenimento dedotto in condizione e l'oggetto della rappresentazione psichica oppure tra questo ed il peso imposto vi è stata una coincidenza.

11. - La conoscenza del motivo, che ha indotto una persona a compiere un determinato negozio, o, più in generale, un determinato atto, può a volte esser d'aiuto per stabilire l'esistenza o meno di una certa volontà, a cui la legge attribuisce rilevanza.

In diritto romano ad esempio, l'alienazione da parte del testatore della cosa in precedenza legata non importava di regola la revoca della disposizione, s'essa era avvenuta *necessitate urgente* (1). La presenza di questo motivo faceva presumere, ma era possibile la dimostrazione di una volontà contraria, che il testatore, effettuando l'alienazione, non avesse avuta l'intenzione di revocare il legato (2).

Nel diritto moderno la considerazione del motivo può ad esempio servire per determinare se, in caso di evizione parziale della cosa venduta o di esistenza su di essa di servitù non apparenti, il compratore avrebbe o no acquistato il fondo, qualora fosse stato a conoscenza dei diritti dei terzi (3), oppure per accertare

(1) Vedi ad esempio: fr. 11 § 12 D. 32.

(2) Su questa materia cfr.: FERRINI, *Teoria generale dei legati e fedecommissi*, Milano, 1889, pag. 574 e segg.; MESSINA VITRANO, *Sulla dottrina romana della revoca tacita dei legati e dei fedecommissi*, in *Annali del Seminario giuridico della R. Univ. di Palermo*, vol. III e IV (1917, ma il lavoro è stato pubblicato nel 1913), pag. 3 e segg.; Ancora sulla dottrina romana della revoca tacita dei legati e dei fedecommissi, *Ivi*, vol. VI (1917), pag. 195 e segg.; *L'alienazione della cosa legata o fedecommissa da Celso a Giustiniano*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza della R. Univ. di Perugia*, vol. XXXII (1921), pag. 189 e segg.; ALBERTARIO, *Sulla revoca tacita dei legati e dei fedecommissi nel diritto romano*, in *Studi nelle scienze giuridiche e sociali nella R. Univ. di Pavia*, vol. V (1919), pag. 67 e segg.; RICCOBONO, *Legati e fedecommissi, verba e voluntas*, in *Mélanges Cornil*, Grand, 1926, vol. II, pag. 353 e segg.

(3) E' evidente che, tenendo presente in motivo per cui il fondo è stato comprato, riesce più agevole ricostruire la volontà ipotetica del compratore.

se l'obbligazione sia stata considerata dalle parti come divisibile od indivisibile, supposto che il motivo per cui una di esse ha concluso il negozio fosse *ab initio* noto all'altra (1), oppure ancora per stabilire se in colui, il quale mediante la conclusione di un negozio o lo spiegamento di una qualsiasi altra attività non negoziale abbia invaso la sfera patrimoniale altrui, vi sia stato o meno l'*animus negotia aliena gerendi* (2).

Ad esempio se il fondo è stato acquistato per costruirvi un campo sportivo di determinate dimensioni e avviene l'evizione di una parte di esso, per cui non diventa più possibile la costruzione, è facile concludere che il compratore non l'avrebbe acquistato se avesse saputo che una parte del fondo era di proprietà altrui.

(1) L'art. 1205 n. 3 cod. civ. dice che la divisibilità tra gli eredi del debitore non è ammessa quanto risulti... «o dal fine che si è avuto di mira nel contratto essere stata intenzione dei contraenti che il debito non potesse soddisfarsi partitamente».

Non mi sentirei di affermare che il *fine*, di cui si parla in quest'articolo, sia il motivo, ma non vi è dubbio che attraverso la conoscenza del motivo, che si dimostri estermato *ab initio* all'altra parte, si possa a volte desumere l'intenzione delle parti in ordine alla divisibilità od indivisibilità dell'obbligazione.

(2) Cfr. in proposito JOSSERAND, *op. cit.*, pag. 408 e segg. L'affermazione di quest'autore che i motivi servono a differenziare la gestione d'affari dall'arricchimento senza causa (?) non ha bisogno di essere criticata. Nella migliore delle ipotesi la differenza tra questi due istituti sarebbe data dall'esistenza o meno dell'*animus negotia aliena gerendi* (che non è un motivo). I motivi, come in qualche punto riconosce l'autore, possono soltanto servire ad accertare se questo *animus* esisteva o meno.

Il JOSSERAND cade sovente nell'errore di considerare giuridicamente rilevante il motivo sol perchè attraverso la conoscenza di esso è possibile individuare una determinata volontà od intenzione, a cui la legge annette importanza. Ad esempio riferendosi alla teoria della cosiddetta mobilitazione per anticipazione egli afferma nientemeno (*op. cit.*, pag. 376) che «les mobiles commandent alors à la nature spécifique des choses et des droits: d'un immeuble par nature ils font, à volonté et par une sorte de miracle juridique, un meuble convenu». Ma basta leggere le pagine successive per convincersi che lo stesso autore è pienamente cosciente del fatto che l'elemento rilevante è non il motivo ma la volontà delle parti debitamente manifestata.

Altrove (*op. cit.*, pag. 403) l'autore fa il caso di un Tizio che effettua una donazione di beni mobili senza le forme prescritte e che tuttavia esegua la obbligazione assunta per spirito di liberalità. L'autore si domanda se nell'atto di esecuzione bisogna vedere un atto confermativo della nullità (che non avrebbe alcun valore) o non invece una seconda donazione manuale e quindi valida. Egli risponde al quesito, affermando che tutto dipende dai motivi per

Orbene in questi casi ed in tanti altri analoghi, non si può parlare di una rilevanza del nostro elemento psichico, perchè nessun effetto giuridico viene ricollegato al motivo. Ciò ch'è rilevante giuridicamente è infatti solo la volontà del privato, sia egli il testatore, il compratore, il gestore o qualsiasi altro soggetto, volontà, che può essere individuata attraverso la conoscenza dei motivi, come di qualsiasi altro elemento subbiettivo od anche obbiettivo. Di una rilevanza del motivo si potrebbe parlare soltanto se il legislatore disponesse che, una volta accertata l'esistenza di un certo motivo, debbano prodursi automaticamente quelle conseguenze che vengono ricollegate ad un determinata volontà, senza indigare se questa volontà nel caso concreto vi sia stata o meno. Nei casi da noi considerati invece l'aver agito per un motivo, che normalmente importa una data volontà, non è sufficiente a provocare gli effetti giuridici che le son propri, se non in quanto essa esista realmente.

12. — E' stato sostenuto da alcuni nostri scrittori (1) che la causa lecita per obbligarsi richiama dall'art. 1104 cod. civ. altro non sia che il motivo della volontà negoziale. Credo di aver dimostrato altrove (2) l'inesattezza di siffatta interpretazione, per cui non mi resta che ripetere alcuni degli argomenti a suo tempo addotti e per quelli, la cui esposizione sarebbe abbastanza lunga (intendo parlare degli argomenti di ordine storico), rinviare alla mia precedente opera.

Il paragrafo del nostro codice che ha per titolo « *Dei requisiti essenziali per la validità dei contratti* » è suddiviso, come è facile constatare, in quattro parti, ognuna delle quali è dedicata alla regolamentazione di ciascuno dei quattro requisiti, che secondo l'art. 1104 cod. civ. si richiedono per la validità del contratto. Ora se noi dovessimo ritenere che l'ultimo requisito sia quello di un motivo lecito, dovremmo arrivare alla conclusione che la

cui è stato compiuto il secondo atto. Ma, a prescindere da altre osservazioni che si potrebbero fare a proposito di questo caso, è evidente che rilevante sarà la volontà. I motivi servono solo ad accertarla.

(1) PACCHIONI, *Dei contratti in generale*, cit., pag. 104; VASSALLI, *Sommario delle lezioni sul negozio giuridico*, Lezioni raccolte dal dott. A. Bozzi, Roma, 1934, pag. 50.

(2) *Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione*, in *Riv. di dir. civ.*, 1938, pag. 5 e segg.

causa, di cui agli artt. 1119 e segg., sia il motivo. Ma questa conclusione sarebbe assurda, perchè tra l'altro porterebbe l'interprete a sostenere che il contratto possa essere impugnato per un motivo falso od erroneo. Ed allora, escluso che la causa, di cui all'art. 1119, sia il motivo, resta la seconda eventualità, cioè a dire che il legislatore abbia tralasciato la regolamentazione del motivo lecito, richiesto per la validità del contratto, e agli artt. 1119 e segg. si sia occupato di un nuovo requisito, di cui prima non ha fatto cenno. Anche questa conclusione è da escludersi, perchè non mi sembra dubbio che in questi articoli il legislatore si sia voluto occupare proprio della causa, di cui all'art. 1104 cod. civ.

A parte questo, è da osservare che i fautori della tesi criticata non si sono resi conto delle conseguenze assurde, a cui si arriverebbe, se si dovesse dichiarare nullo qualsiasi contratto concluso da una delle parti dietro la spinta di un motivo illecito. Poichè l'art. 1104 non richiede la riconoscibilità del motivo, si dovrebbe arrivare alla conclusione che il contratto sia invalido, ancorchè il motivo sia rimasto ignoto all'altra parte. Ma anche quando non mi si volesse concedere che la tesi avversaria dovrebbe portare a questa conclusione, rimane sempre l'inconveniente di dichiarare nullo qualsiasi contratto concluso per un motivo illecito, noto all'altra parte. E che questo sia un inconveniente dimostreremo a suo tempo, allorchè ci occuperemo dell'influenza che l'illiceità dei motivi può esercitare sulla validità del negozio (avvertiamo però sin d'adesso che noi non siamo di quelli che ritengono del tutto irrilevante l'illiceità dei motivi).

Inoltre, se il legislatore nell'art. 1104 si fosse voluto riferire al motivo, anzichè alla causa in senso tecnico, ben difficilmente avrebbe usata l'espressione « causa lecita per obbligarsi », perchè, anche volendo mantenere, come nell'art. 828 cod. civ., il termine « causa », sarebbe stato più logico riferirlo alla volontà di concludere il contratto e non già all'obbligazione.

Infine l'erroneità della tesi avversaria risulta chiaramente dai precedenti storici, che in questa sede non è il caso di riportare (1).

(1) Altri argomenti contro la tesi in parola sono state recentemente adottati dal GUARINO, *I motivi illeciti degli atti di liberalità secondo il progetto del codice civile*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1938, pag. 19 e segg. dell'estratto.

13. — Nel capitolo precedente abbiamo avuto occasione di rilevare come alcuni autori (1) vedano nella rilevanza del rapporto fondamentale una rilevanza del motivo della volontà di obbligarsi cambiariamente. Chiarendo i dubbi che abbiamo già sollevati sull'esattezza di quest'insegnamento, veniamo ora a dimostrare come esso non possa assolutamente accogliersi e come l'affermazione degli avversari sia dovuta al solito abuso che la dottrina fa della parola « motivo ».

Tralasciando di esaminare la questione abbastanza delicata se il rapporto fondamentale costituisca o meno (ed in caso di risposta affermativa in che senso) la causa dell'obbligazione cambiaria (2) e limitiamoci solo a dimostrare come esso non sia un motivo della volontà.

Osservo però che qualcuno di quelli prospettati dall'autore è quanto meno dubbio, perchè basato su presupposti, la cui esattezza non è da tutti ammessa. L'autore ad esempio ritiene che nell'art. 828 cod. civ., riguardante certamente il motivo (vedi però le precisazioni che faremo a suo tempo), sia comminata l'annullabilità e non la nullità del negozio. Ma una parte della dottrina (vedi ALLARA, *Il testamento*, 2ª ediz., Padova, 1936, pag. 164), ritiene invece che si tratti di nullità. E' doveroso però ricordare che la tesi dell'annullabilità è sostenuta da autorevoli scrittori (vedi ad esempio: GANGI, *I legati nel diritto civile italiano*, 2ª ediz., Padova, 1933, vol. 1, pag. 189 nota 3).

(1) Vedi soprattutto: MESSINEO, *op. cit.*, vol. 1, pag. 169 e passim.

(2) Per un prospetto delle varie tesi vedi: MESSINEO, *op. cit.* vol. 1, pag. 160 e segg.

Senza voler entrare in argomento, mi limito ad osservare come non sia fruttuoso stare a discutere in che cosa consista e dove risieda la causa dell'obbligazione cambiaria se prima non si chiarisca di quale causa si vuol parlare e in che cosa consista la « causa » in generale. Mi basta il richiamo ad una delle tante tesi avanzate in materia per giustificare questa affermazione.

E' stato sostenuto da un nostro insigne giurista (BETTI, *Sulla natura giuridica della girata dei titoli all'ordine*, in *Riv di dir. comm.*, 1927, 1, pag. 596; *Manca di « causa » della girata cambiaria e prova testimoniale contro il tenore del titolo*, *Ivi*, 1928, II, pag. 158) che « ogni dichiarazione cambiaria ha uno scopo pratico tipico e costante, che ne costituisce la causa: lo scopo cioè di tradurre in obbligazione astratta un rapporto fondamentale intercorrente fra il sottoscrittore (emittente, traente o giratario) ed il prenditore della cambiale, ovvero fra esso sottoscrittore (accettante, avallante) ed altro obbligato cambiario (traente, avallato) ».

Al MESSINEO (*op. cit.*, vol. 1, pag. 163 nota 5) questa costruzione non è parsa trasparente. Ma invece essa è quanto mai limpida, se si tiene presente che il Betti ha inteso definire o meglio enunciare la causa del negozio cambiario, intesa come funzione economico sociale che ha ogni negozio.

Si afferma dalla dottrina (1) che il rapporto fondamentale consiste per lo più in un negozio bilaterale tipico (compravendita, mutuo, donazione...). Ciò vuol dire ch'esso rappresenta qualcosa che sta al di fuori del soggetto. Ma allora come mai può costituire un motivo, dato che il motivo è per sua stessa natura un elemento psichico?

Mi si potrebbe dire, accettando questa nostra critica, che motivo non è già il rapporto fondamentale, bensì la rappresentazione psichica del rapporto stesso.

Ma se ben si osserva neppure questa sarebbe un'affermazione esatta. Ed in vero basta raffigurarsi un pò la situazione in cui si trova chi emette una cambiale, per convincersi subito che il motivo per cui egli la emette non può essere la rappresentazione del rapporto fondamentale, essendo questa una rappresentazione puramente intellettuale e che non può spingere una persona a

Senonchè, quando in materia di cambiale od in genere di titoli di credito astratti si parla di « causa », non ci s'intende normalmente riferire alla causa del negozio, intesa nel modo anzidetto, bensì alla causa dell'obbligazione o alla causa dell'attribuzione, che sono due figure e due istituti giuridici del tutto diversi dalla prima causa (vedi su ciò il mio lavoro: *Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione*, in *Riv. di dir. civ.*, 1938, pag. 3 e segg. Non mi stupisce pertanto che il MESSINEO abbia trovato poco limpida la definizione del BETTI.

Il quale però parla nei suoi lavori, dianzi citati, di una *causa remota* del negozio cambiario, ch'egli fa coincidere con il rapporto fondamentale. Questa causa, benchè il BETTI non ne abbia coscienza, rappresenta in fondo per lui (se a torto o a ragione non c'interessa stabilire) la causa dell'obbligazione cambiaria, ch'è quella che in materia va utilizzata. Prova ne sia il fatto che il BETTI afferma nel corso dei suoi lavori che il negozio cambiario è astratto rispetto a questa causa remota (parlare di un'astrattezza rispetto alla causa, intesa come funzione economico sociale, non avrebbe senso). Ed allora la conclusione, a cui deve arrivare il lettore è che per il BETTI la causa della obbligazione cambiaria (che alcuni fanno consistere nel rapporto fondamentale, altri nella convenzione esecutiva, altri ancora ora nell'uno ora nell'altra di questi due istituti) consiste proprio nel rapporto fondamentale. Se prima non è chiaro tutto ciò, nè gli avversari del BETTI si trovano in condizione di discutere con profitto la sua tesi, nè il BETTI di discutere quella degli altri, perchè si rischia di fare delle questioni puramente terminologiche.

(1) Vedi: LA LUMIA, *op. cit.*, pag. 9. Il MESSINEO, *op. cit.*, vol. 1, pag. 168, afferma invece che il rapporto fondamentale è sempre un negozio bilaterale. Non capisco perchè non possa essere un rapporto obbligatorio non contrattuale. Vedi infatti ciò che scrive in proposito il primo autore in *loco cit.*

compiere l'atto della sottoscrizione. Chi emette la cambiale potrà esser spinto a far ciò dalle richieste del creditore, che minaccia di agire giudiziariamente, dal desiderio di offrire a costui un mezzo più efficace per ottenere il soddisfacimento del suo diritto o da altro analogo motivo.

Naturalmente perchè uno si obblighi cambiariamente occorre il più delle volte ch'egli sappia di essere debitore. Ma la credenza di essere debitore non costituisce il motivo della volontà di emettere la cambiale, bensì una delle tante rappresentazioni psichiche che precedono e rendono possibile la formazione della volontà.

A parte questa precisazione, che a qualcuno potrebbe sembrare alquanto sottile, per escludere che nel nostro argomento si possa parlare di una rilevanza del motivo, è sufficiente osservare che l'elemento rilevante è il rapporto fondamentale e non già la rappresentazione psichica di esso. Un esempio servirà a dimostrare l'esattezza di questa osservazione. Supponiamo che Tizio rilasci una cambiale ad una donna, che dimostra di avere un credito verso il figlio. Non mi sembra dubbio che l'emittente, il quale nel frattempo è venuto a sapere che il credito costituiva il corrispettivo dei favori concessi dalla donna al figlio, possa richiamarsi all'illiceità del rapporto fondamentale e rifiutarle il pagamento della cambiale. Eppure in questo caso non si può affatto dire che il padre si sia obbligato cambiariamente dietro la spinta di un motivo illecito (egli infatti ha agito perchè mosso dal desiderio di non creare delle difficoltà al figlio). Ciò dimostra chiaramente che non l'illiceità del motivo, che non esiste neppure, ma l'illiceità del rapporto fondamentale è giuridicamente rilevante. Di conseguenza, anche nel caso, in cui la cambiale venga emessa dal figlio, il fatto ch'egli possa rifiutare il pagamento non va giustificato con il richiamo ad una pretesa rilevanza del motivo illecito (1) in questa materia. Un ragionamento analogo può farsi nell'ipotesi, in cui il pagamento venga rifiutato attraverso l'eccezione della inesistenza del rapporto fondamentale o della mancata

(1) D'altronde è discutibile se si debba considerare come mosso da un motivo illecito chi sottoscrive una cambiale, essendo obbligato in base ad un contratto illecito, a pagare una somma. Il motivo non è certamente illecito nel caso in cui si sia indotto a sottoscrivere la cambiale da minacce. Eppure è sempre possibile il richiamo all'illiceità del rapporto fondamentale.

esecuzione della controprestazione, a cui era tenuto il primo prenditore (che è nello stesso tempo l'esibitore) della cambiale.

Mi par quindi di aver dimostrato come sia erroneo parlare di una rilevanza dei motivi a proposito della rilevanza del rapporto fondamentale.

14. — Particolare interesse presentano ai fini della nostra indagine quei casi, in cui la dichiarazione di volontà, con la quale si tronca un rapporto giuridico, pur producendo, qualunque sia il motivo per cui viene emessa, l'effetto voluto dal soggetto, quello cioè di estinguere il rapporto, dà tuttavia luogo al risarcimento dei danni o a qualche altra conseguenza sfavorevole all'autore di essa, qualora la disdetta (o dichiarazione di altra natura) sia data senza giusti motivi o, secondo un'espressione più comunemente usata dal nostro legislatore, senza giusta causa. Gli esempi sono numerosi. Mi limiterò soltanto a ricordare quelli offertici dagli artt. 119, 366, 542, cod. comm., 9 cpv. 2 del r. d. l. 13 novembre 1924 n. 1825, ai quali è d'aggiungere, benchè non si tratti di disdetta, quello dell'art. 54 cod. civ.

Il problema da risolvere è se in questi casi la legge richieda l'esistenza di determinati fatti obiettivi sufficienti a giustificare, secondo criteri lasciati alla discrezione del giudice e che non è qui il caso di esaminare, la rottura del rapporto, ovvero esiga che sia stata la rappresentazione psichica di questi fatti a costituire il motivo intimo e determinante e della volontà di por fine al rapporto.

Da un punto di vista puramente logico e prescindendo per il momento da quella, che vedremo essere la volontà del legislatore, ambedue le soluzioni sono possibili. Aggiungo anzi che *de jure condendo* si potrebbe discutere se sia preferibile la prima, che, coll'evitar incerte ed il più delle volte difficili indagini psicologiche, rende più spedita ed agevole la decisione del giudice, oppure la seconda, che, se non presenta questo vantaggio, serve però a meglio controllare e quindi reprimere le decisioni subbiettivamente arbitrarie. Sempre da un punto di vista puramente logico, si può pensare ad un terza soluzione, generalmente taciuta dai nostri autori e che *de jure condendo* si presenta forse come la più soddisfacente: esigere che la giusta causa sia conosciuta dal dichiarante nel momento in cui egli tronca il rapporto, anche se il motivo per cui emette la dichiarazione (*recte*: per cui si è

formata la volontà manifestata con la dichiarazione) non consista nella rappresentazione psichica della giusta causa. E poichè potrebbero sorgere in pratica dei dubbi, per stabilire se l'autore della dichiarazione ne fosse o no a conoscenza nel momento in cui l'ha emessa, si potrebbe imporre l'obbligo di enunciarla in questo momento, considerandola, in caso contrario, o come non avvenuta o come ingiustificata.

Premesso ciò, vediamo quale sia la soluzione adottata dal nostro legislatore e se sia la stessa per tutti i casi dianzi ed esplicitamente ricordati.

La dottrina e la giurisprudenza si sono occupate della questione soprattutto a proposito del già citato art. 9 del r. d. l. sull'impiego privato (1). Non sarebbe necessario ricordare ch'essa ha una portata più vasta. Tuttavia per maggiore semplicità anche noi preferiamo fermare la nostra attenzione sul caso offertoci da questa norma, salvo poi a stabilire se le conclusioni, a cui perverremo rispetto ad esso, possano valere anche per gli altri.

Una parte della dottrina (2) ed anche della giurispru-

(1) Esso dispone al secondo capoverso: « Non è dovuta nè disdetta nè indennità nel caso che una delle parti dia giusta causa alla risoluzione immediata per una mancanza così grave da non consentire la prosecuzione anche provvisoria del rapporto ».

(2) Vedi ad esempio: MANARA G., *Giusta causa di licenziamento senza indegnità*, in *Foro It.*, 1931, I, pag. 521, segg.; BARASSI, *Il diritto del lavoro* Milano, 1936, Vol II, pag. 428

La questione è prospettata anche nella letteratura tedesca e risolta in questo senso. Così ad es. nello SRAUB's *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 14 Auflage, Berlin und Leipzig, 1932, 1 Bd., sub § 70, 1, c, pag. 463 trovo scritto: « Der Kündigende ist nicht verpflichtet bei der sofortigen Kündigung die Gründe anzugehen, wie er auch im Prozesse andere Gründe vorbringen kann als die bei der sofortigen Kündigung vorgebrachten, weil es nicht auf die subjektiven Beweggründe, sondern auf die objektive Sachlage ankommt. Deswegen können auch später bekanntgewordene Gründe vorgebracht werden ». Nello stesso senso TRITZE, *Das kaufmännische Hilfspersonal*, in *Handbuch des gesamten Handelsrechts* herausg. von EHRENBURG, Berlin, 1914 e segg., II^a Bd., 2^a Abt., pag. 705, in cui afferma che la parte può richiamarsi ad una ragione di cui ha avuto conoscenza in seguito. Non meno espliciti dello SRAUB sono DÜRINGER - HACHENBURG, *Das Handelsgesetzbuch*, 3^a Auflage, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1930, 1 Bd., sub § 70, Anm. 7: « Dabei können alsdann auch solche Gründe gelten gemacht werden, die für der Handelnden gar nicht das eigentliche Motiv zur Kündigung bildeten, selbst solche, die der Kündigende erst nach der Entlassung oder dem Austritt erfahren hat oder die erst nachher eingetreten sind ». I civilisti accennano alla questione soprattutto a proposito

denza (1) ritiene che la giusta causa non sia giuridicamente rilevante come motivo della volontà, cioè come valutazione soggettiva, ma puramente come realtà oggettiva, anche se non pensata dal denunciante e che pertanto la credenza di aver agito arbitrariamente non importi l'obbligo di risarcire i danni, supposto che una giusta causa sia in verità esistita.

Altri (2) e con essi la giurisprudenza dominante (3) ritengono invece che la giusta causa debba essere determinativa. In uno dei tanti casi presentatisi all'esame della Corte Suprema, questa (4) ha testualmente stabilito che « quando un licenziamento ebbe per esplicito movente tutt'altra ragione che l'infrazione alla disciplina od altro atto perturbatore del normale andamento dell'azienda, vuol dire che uno di tali atti, di cui si acquisì conoscenza in tempo posteriore, non influi sulla risoluzione: questa

del § 626 BGB. in materia di contratto di lavoro. Nello STAUDINGER's *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 7^a ediz., München und Berlin, 1912, II Teil, sub § 626, II., 6, si legge ad esempio che colui il quale dà la disdetta può nel processo richiamarsi a cause non enunciate, di cui ha avuto conoscenza in seguito, ma che già esistevano al momento del recesso « denn es genügt ja, wenn Gründe vorliegen, welche die sofortige Kündigung objektiv rechtfertigen, ohne dass diese gerade subjektiv für den Dienstaustritt entscheidend waren ». Anche in PLANCK's *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4^a ediz., Berlin, 1928, II Bd., sub § 626, 3, si ammette la possibilità di giustificare la disdetta con circostanze ignorate. A favore della tesi obbiettiva si è pronunziato da ultimo: MOLITOR, *Die Kündigung*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1935, pag. 152.

Nella letteratura svizzera la questione viene particolarmente esaminata a proposito dell'art. 352 del codice sulle obbligazioni. La dottrina dominante (cfr.: *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch* herausg. von EGGER ed altri, 2^a Auflage, Zurich, 1934, V^a Bd., sub art. 352, Anm. 14) si accontenta della semplice esistenza obbiettiva della giusta causa, anche se ignorata.

Contra però: BECKER, *Obligationenrecht*, in GMÜRS *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band VI, 1913 e segg., sub art. 352, n. 3 e 42, il quale richiede la conoscenza della causa al momento della disdetta e la comunicazione all'altra parte

(1) Vedi ad esempio: App. Milano, 2 dic. 1928, in *Giur. It.* 1929, I, 2, pag. 121.

(2) PERETTI GRIVA, *Il rapporto d'impiego privato*, 3^a ediz., Milano, 1935, pag. 391 e segg.

(3) Vedi le citazioni in MONTESSORI *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza*, in *Riv. di dir. comm.*, 1933, I, pag. 78; 1934, I, pag. 410; 1935, I, pag. 89; 1936, I, pag. 400; 1937, I, pag. 633.

(4) Cass Regno, 2 aprile 1930, in *Foro It.*, 1931, I, pag. 531.

sarebbe avvenuta ugualmente, indipendentemente dalla mancanza dell'operaio e non vi è ragione di farla pesare sul rapporto per effetto di un ripiegamento, che non può riportarsi ad un fenomeno di volontà determinativa, ma d'intelligenza »

Ho le mie ragioni per ritenere che la Corte non si sia reso conto della portata e delle conseguenze della tesi da essi propugnata. Dire infatti che la causa di risoluzione del rapporto deve essere non solo giustificativa, ma anche determinativa, non vuol dire soltanto che deve essere conosciuta al momento della disdetta, ma che inoltre deve essere stata la rappresentazione psichica di essa a costituire il motivo della dichiarazione, con la conseguenza che un impiegato, colpevole di una grave mancanza, possa, anche se il principale all'atto del licenziamento abbia giustificato il provvedimento col richiamo a questa mancanza, ottenere il pagamento dell'indennità, se riesce a dimostrare — e la prova, anche se difficile, dovrebbe essere ammessa — che la decisione presa contro di lui, benchè obbiettivamente giustificata, tuttavia dal punto di vista subbiettivo sia stata arbitraria, perchè provocata da motivi non giusti (vendetta, antipatia, rancore, ecc.).

Ora a noi pare che basti portare la tesi a queste sue logiche conseguenze, per doverla senz'altro respingere. La presenza di una giusta causa, che nel caso concreto, si badi bene, deve consistere in un fatto personale dell'impiegato, è stata richiesta dal legislatore, non perchè egli abbia voluto reprimere decisioni prese per motivi (nel senso tecnico della parola) futili, ma perchè ha voluto proteggere l'impiegato da licenziamenti in tronco non giustificati obbiettivamente dal comportamento da lui tenuto nell'esplicare la sua attività impiegatizia. Se l'impiegato si è reso colpevole di gravi infrazioni, ch'egli non contesta e che gli sono state addebitate all'atto stesso del licenziamento, la legge non può più sentire il bisogno di proteggerlo, anche quando il principale, spinto da altre considerazioni futili, ma per lui le sole decisive, si sia avvalso dell'infrazione a titolo di giustificazione. La ricerca dei veri motivi, che hanno spinto il principale ad agire, deve, di fronte alla situazione obbiettiva dei fatti, considerarsi irrilevante, anche perchè in tal modo si evitano delle indagini psicologiche quanto mai difficili.

L'argomento, che a favore della tesi criticata si è voluto a volte trarre dall'aggettivo « *immediata* » usato dal legislatore nell'anzidetto articolo, è così debole ed inconcludente che non sen-

tiamo neppure il bisogno di ripetere in questa sede quanto è stato da altri (1) osservato per combatterlo.

La stessa ragione, che ci ha indotto a respingere la tesi, diremo così, subbiettiva nel caso fin'ora considerato, vale secondo noi ad escludere che negli altri casi più sopra ricordati venga in considerazione il vero e proprio motivo della volontà (2).

(1) Vedi: MANARA, *op. cit.*, pag. 524.

(2) Per quanto riguarda la revoca del mandato commerciale, la Corte di App. di Torino, 30 nov. 1936 in *La giurisprudenza*, 1937, pag. 173 ha stabilito che « i fatti d'inadempienza contrattuale, anche se conosciuti o scoperti dopo la revoca possono costituire *ex post* la giusta causa voluta dall'art. 366 cod. comm., ma che per contro la causa strettamente soggettiva, che consiste nella perdita della fiducia, indipendentemente da una trasgressione del contratto, non è invocabile se non fu effettivamente quella che ha determinato la rottura del mandato ».

La seconda parte di questa massima non ci sembra convincente. Infatti ciò che occorre, perchè la revoca possa considerarsi giustificata, è solo che il senso di fiducia vi sia realmente stato. Ora, siccome si tratta di un elemento soggettivo, in tanto la sua esistenza può essere dimostrata, in quanto il mandante si richiami a fatti obbiettivi avvenuti e ch'egli già conosceva nel momento della revoca. E' abbastanza evidente che il mandante non può essere esonerato da ogni responsabilità sol che affermi di non avere più fiducia nel proprio mandatario. Occorre invece ch'egli giustifichi questa perdita di fiducia. Ma tutto ciò non vuol dire ancora che la perdita di fiducia debba essere, come afferma la Corte, determinante. Come è possibile che uno non si decida a revocare il mandato, pur non avendo più fiducia nel mandatario, così è anche possibile che uno revochi il mandato per un motivo non giustificato; cioè a dire noi possiamo pensare ad un caso in cui il mandante, pur non avendo alcuna fiducia nel mandatario, e a ragione, tuttavia revochi per un motivo ingiustificato. Ora non vedo perchè egli debba esser tenuto al risarcimento dei danni, se dimostra che la sua revoca è giustificata dalla sopravvenuta mancanza di fiducia e che questa mancanza di fiducia è a sua volta giustificata da fatti obbiettivi.

La dottrina non si occupa specificamente della questione (vedi infatti: SRAFFA, *Del mandato commerciale e della commissione*, Milano, s. d., pag. 77; RAMELLA, *Del contratto di conto corrente, del mandato commerciale e della commissione*, Torino, 1928, pag. 232; RUSSO, in *Dizionario pratico di diritto privato*, voce *Mandato*, n. 180).

Per quanto riguarda il caso della rottura della promessa di matrimonio, sembra (ma non è chiaro) propendere per la tesi subbiettiva la Cass. Regno, 27 giugno 1923, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, vol. IV e V, pag. 111, (1930) pag. 85. Anche in questa materia la dottrina non si occupa della questione (vedi ad es.: TEDESCHI G. *La promessa di matrimonio nel diritto civile italiano*, in *Arch. Giur.*, vol. 104 (1930), pag. 160; GIUSTI, *Il rimborso delle spese in caso di regresso dagli sponsali per giusto motivo*, in *Studi Senesi*, 1934, pag. 375 segg.).

Quanto poi al quesito se occorra almeno la conoscenza da parte del soggetto, che tronca il rapporto, della giusta causa, non interessa ai nostri fini risolverlo, una volta escluso che ci troviamo di fronte ad un caso di rilevanza dei motivi (1).

15. — Altre volte l'esistenza di un « giusto motivo » è richiesta dalla legge perchè possa ottenersi dall'autorità giudiziaria lo scioglimento di un dato rapporto. Gli artt. 1652 e 1735 cod. civ., dettati rispettivamente per il contratto di mezzadria e per quello di società a tempo determinato, ci offrono i due esempi principali di questa materia.

Anche qui ci si potrebbe chiedere se il legislatore abbia voluto prendere in considerazione i motivi, che hanno determinato il soggetto a chiedere lo scioglimento o non invece le circostanze obbiettive giustificative della richiesta. A noi non sembra dubbio che si debba optare per questa seconda soluzione.

Anzichè procedere ad un'enunciazione di circostante di fatto il cui verificarsi avrebbe dato diritto al contraente di domandare lo scioglimento del rapporto, enunciazione, che, se puramente esemplificativa, sarebbe stata inutile o quasi, se tassativa, addirittura pericolosa ed inopportuna, il legislatore ha preferito adoperare un'espressione generica ed elastica, che non soltanto nel linguaggio comune ma anche in quello legislativo ha

(1) Da un punto di vista logico, una volta escluso che la giusta causa debba costituire il motivo della volontà, sono possibile le seguenti soluzioni:

a) E' sufficiente che al momento della disdetta sia esistita una giusta causa, anche se non conosciuta dal soggetto (l'impiegato ad esempio ha commesso una grave mancanza).

b) Occorre che una giusta causa sia esistita e sia stata conosciuta dal soggetto.

c) Basta che si sia creduto all'esistenza di una giusta causa, anche se in realtà i fatti giustificativi non esistevano.

Ora è evidente che adottando la soluzione *sub a*), si ha una rilevanza di un fatto obbiettivo, adottando quella *sub b*), una rilevanza di un fatto obbiettivo e di un fatto subiettivo (che non costituisce però un motivo), adottando l'ultima una rilevanza di un fatto subiettivo (che non è motivo, ma semplice rappresentazione intellettuale).

Quale di queste tre soluzioni sia quella che si debba dare ai singoli casi esaminati nel testo non c'interessa, ai nostri fini, determinare. Si tenga inoltre presente che il problema se si debba enunciare al momento della disdetta la giusta causa non ha nulla a che vedere con quello che noi abbiamo esaminato.

sovente un significato puramente obbiettivo. D'altronde la formulazione stessa degli artt. 1652 e 1735, in cui come esempi di giusti motivi vengono ricordate la violazione degli obblighi da parte di uno dei contraenti, la malattia del massaro o del socio che li renda inabili al lavoro o agli affari sociali, se non depone con sicurezza a favore della nostra tesi (il legislatore avrebbe potuto incorrere in una semplice innesattezza di linguaggio, scambiando la circostanza di fatto con la rappresentazione psichica di essa, pur volendo prendere in considerazione quest'ultima), è certamente favorevole più ad essa che a quella subbiettiva. Infatti di fronte a situazione obbiettive, quali sono quelle dell'inadempimento degli obblighi assunti o della malattia di uno dei contraenti che non renda possibile lo svolgimento dell'attività promessa, i motivi per cui si domanda lo scioglimento non possono essere stati presi in considerazione del legislatore: la *ratio legis* è decisa per escludere che questi abbia voluto annettervi importanza (1).

16. — La categoria degli atti di ricusazione è una di quelle che ai fini della nostra indagine possono dar luogo a più di un dubbio. In diverse occasioni la legge stabilisce che una persona non può senza giusti motivi (o senza giuste cause) rifiutarsi ad esplicitare una determinata attività — che può consistere anche in un comportamento negoziale — talvolta facendo seguire al comando una sanzione, tal'altra invece lasciando l'interprete nell'incertezza sulle conseguenze del rifiuto ingiustificato.

Bisogna anche in questa materia limitarsi a ricordare i casi principali. L'art. 3 della legge 10 luglio 1930 n. 995 stabilisce che l'amministratore giudiziario, nominato curatore del fallimento, non può senza giusti motivi ricusare l'accettazione della nomina, sotto pena di decadenza del suo ufficio. Secondo l'art. 152 cod. civ., la moglie ha diritto a domandare la separazione nel caso in cui il marito senza un giusto motivo ricusi di fissare una residenza. Per l'art. 11 della legge 22 gennaio 1934 n. 36, il procu-

(1) Non mi risulta che la questione sia stata esplicitamente esaminata dalla giurisprudenza o dalla dottrina. Ma sia l'una che l'altra mostrano di seguire la tesi da noi accolta, almeno se si tengono presenti le ipotesi, in cui si è vista l'esistenza di un giusto motivo.

ratore non può rifiutare il suo ufficio senza un giusto motivo (norme analoghe sono dettate per altre professioni). Nella legislazione francese un caso interessante era quello offertoci (ignoro se la norma continui ad aver vigore) dalla legge 30 giugno 1926, la quale stabiliva nell'art. 4 che se il locatore si fosse rifiutato a rinnovare il contratto, quando l'immobile locato fosse adibito al commercio o all'industria, e se i motivi da lui allegati non fossero stati ritenuti gravi e legittimi nei confronti del locatario, questi avrebbe avuto diritto ad un'indennità corrispondente al pregiudizio causato dalla mancata rinnovazione (1).

Orbene in questi casi la « giusta causa » o i « giusti motivi » stanno ad indicare i veri e propri motivi che hanno indotto il soggetto alla ricusazione?

A noi sembra che almeno per quanto riguarda i casi riportati più sopra si debba adottare la soluzione negativa. Non vorrei però che questa affermazione venisse interpretata nel senso che, secondo noi, ogniqualevolta ci troviamo di fronte ad un caso di rifiuto, in cui, per determinati fini, il legislatore esiga la presenza di un giusto motivo, a questo termine o ad altri consimili non si debba mai dare il suo vero significato. Credo invece che occorra esaminare attentamente i vari casi e, secondo un'interpretazione razionale della norma, stabilire se rilevante sia il vero e proprio motivo oppure una rappresentazione psichica di diversa natura o addirittura una circostanza obbiettiva di fatto.

Un caso veramente dubbio è quello dell'indebito rifiuto del donatario a prestare gli alimenti al donante. Son note le dispute a cui ha dato luogo l'interpretazione dell'avverbio « indebitamente » che si rinviene nell'art. 1093 n. 3 cod. civ. Dopo l'esauriente indagine e dimostrazione del Bo (2) non si può non ammettere ch'esso vada inteso nel significato di « irraggiunevolmente » od « ingiustificatamente ». Sorge allora un problema analogo a quello prospettato nei casi precedenti.

Per sostenere che ci troviamo di fronte ad un caso di vera e propria rilevanza dei motivi, si potrebbe osservare che il donatario non è certamente soggetto all'azione di revoca, se abbia

(1) Vedi questa norma in *Recueil Sirey*, 1927, pag. 965.

(2) *Sul diritto agli alimenti del donante*, in *Riv. di dir. civ.*, 1931, pag. 55 e segg.

erroneamente creduto esistenti determinate circostanze di fatto, che invece erano false, ma che se fossero state vere, non avrebbero reso ingiustificato il rifiuto a fornire gli alimenti. Questo argomento però non proverebbe nulla.

Che il donatario non debba soggiacere alla revoca nel caso in cui abbia rifiutato, perchè convinto dell'esistenza di determinate circostanze giustificative, dimostra soltanto che la giusta causa putativa abbia lo stesso valore della giusta causa vera. Questo del valore della giusta causa putativa è un problema che può esser posto per tutti i casi sin'ora esaminati, ma la cui eventuale soluzione favorevole alla parificazione della giusta causa putativa alla vera non deve indurre senz'altro a parlare di una rilevanza dei motivi. Che si abbia la rilevanza di un elemento subbiettivo è fuor di dubbio, ma noi sappiamo già che non ogni elemento psichico è per ciò stesso un motivo. Si tratta allora di vedere se rilevante sia la credenza dell'esistenza di una giusta causa oppure questa credenza in quanto però abbia costituito il motivo della volontà. Mi spiego meglio con un esempio.

Il donatario rifiuta gli alimenti perchè è in urto con il donante, ma adduce a sua giustificazione il fatto che il donante ha di che vivere, credendo realmente che costui abbia ancora del danaro. Dimostratosi che il donante si trova a non aver più un soldo, può egli domandare la revoca, supposto che si sappia che il donatario credeva realmente ancora ricco il donante, ma che in verità ha rifiutato per altri motivi?

Per rispondere a questo quesito bisogna prima di tutto chiedersi se sia ammissibile la revoca quando il donatario abbia rifiutato per un motivo ingiustificato, ma abbia addotto delle circostanze realmente esistenti, le quali benchè non abbiano influito sulla formazione della volontà, siano tuttavia idonee a giustificare un rifiuto.

Mi rendo perfettamente conto che il caso è, si può dire, solo accademico, inquantochè difficilmente il donante potrà dimostrare quale sia stato il vero motivo, per cui il donatario ha rifiutato gli alimenti, quando questi si è richiamato a circostanze di fatto giustificative e che in astratto potrebbero effettivamente spingere una persona ad opporre un rifiuto. Però bisogna proprio prospettarsi questi casi limiti, per venire a capo della nostra indagine.

Ora a noi sembra, pur nascondendo di avere ancora qualche dubbio, che nel caso per ultimo considerato il donante non possa

chiedere la revoca, benchè sostenga (e dichiarì di voler provare) che il donatario abbia rifiutato gli alimenti per motivi ingiustificati (motivi, nel senso tecnico della parola).

Se ciò è esatto, bisogna anche concludere che la revoca non sia possibile neppure nel caso, in cui si sia creduto all'esistenza di una circostanza giustificativa, che in verità non esisteva, e si sia opposto un rifiuto per motivi ingiustificati. Ed in vero se noi sosteniamo che nel caso, in cui sia esistita e sia stata addotta una circostanza giustificativa, è irrilevante il motivo vero per cui si sono rifiutati gli alimenti, dobbiamo per coerenza sostenere che il motivo sia irrilevante anche nel caso in cui si sia creduto alla esistenza di una giustificativa. Dal punto di vista subbiettivo del donatario non vi è infatti alcuna differenza tra le due ipotesi.

Quanto abbiamo detto per il rifiuto degli alimenti vale naturalmente anche per gli altri casi di rifiuto considerati in precedenza. Se ed in quali di essi l'aver addotto una circostanza giustificativa non esistente equivalga all'aver addotto una giusta causa vera, ai nostri fini non interessa determinare, come pure non interessa determinare se sia giustificato il rifiuto quando esisteva una circostanza giustificativa, ma questa non era perfino conosciuta (1).

17. — Si è parlato (2) di una rilevanza dei motivi a proposito del *consilium fraudis* nell'azione pauliana. Questa affermazione sarebbe esatta, se si dovesse seguire quella teoria ormai abbandonata dalla dottrina, secondo la quale ad integrare il *consilium fraudis* sarebbe necessario che l'atto venga posto in essere dal debitore allo scopo di danneggiare i propri creditori, in altri

(1) Anche in questa materia le soluzioni logicamente possibili sono le seguenti:

a) il rifiuto è giustificato quando esiste una giusta causa, anche se ignorata.

b) il rifiuto è giustificato quando esiste una giusta causa e questa sia conosciuta.

c) il rifiuto è giustificato quando si crede all'esistenza di una giusta causa, anche se questa non esiste.

Credo che sia quest'ultima la soluzione che bisogna dare ai casi esaminati nel testo, una volta escluso che la giusta causa (o il giusto motivo) debba essere determinativo, debba cioè costituire il motivo in senso tecnico della volontà.

(2) Vedi: VON TUHR, *op. cit.*, II, 1, pag. 124 nota 7.

termimi perchè spinti dal desiderio di procurare un danno a costoro. E' noto però che la maggior parte degli autori (1) è ormai dell'avviso che il *consilium fraudis* in altro non consista che nella consapevolezza del danno che l'atto verrà a procurare ai creditori. Orbene se si parte da questa concezione, sulla cui fondatezza o meno non è qui il caso di discutere (noi siamo infatti della opinione che neppure questa tesi sia del tutto soddisfacente), appare evidente come sia erroneo identificare il *consilium fraudis* con il motivo, per cui l'atto si compie. Ed infatti, concepito in tal modo il *consilium fraudis*, esso consisterà in una pura rappresentazione intellettuale, che sarà giuridicamente rilevante anche quando la considerazione del futuro danno, che subiranno i creditori, più che spingere il debitore a compiere l'atto, abbia invece agito in senso contrario (cioè a dire come contromotivo), benchè le rappresentazioni psichiche favorevoli al compimento dell'atto abbiano in ultima analisi avuto il sopravvento nel processo formativo della volontà. Accettando questa concezione in altri termini, diventa giuridicamente irrilevante conoscere se l'atto è stato compiuto, perchè mossi dal pravo intento di danneggiare i creditori o per tutt'altro motivo. Quel che conta è che si sia previsto il danno futuro. Quindi, se si accetta la nozione comune di *consilium fraudis*, nozione della cui esattezza tuttavia noi dubitiamo, senza peraltro ritenere esatta la prima concezione, non si può parlare di una rilevanza dei motivi.

18. — Considerazioni analoghe possono farsi per l'elemento intenzionale che alcuni richiedono nella teoria della frode alla legge. Si è parlato di una rilevanza dei motivi da un nostro scrittore (2), ma, secondo noi, a torto.

Anche ammesso che si debba optare per la cosiddetta teoria subbiettiva (3), non si può identificare l'intenzione di frodare la

(1) Cfr.: BUTERA, *Dell'azione pauliana o revocatoria* Torino, 1934, pag. 122 e segg.; SOLAZZI *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*, Napoli, 1934, pag. 110 e segg.; CONFORTI, *Azione revocatoria*, in *Nuovo Digesto Italiano*, n. 55.

(2) ASCARELLI, *op. cit.*, in *Studi in onore di Vivante*, vol. I, pag. 42 nota 1; ed in tanti altri lavori.

(3) Questa tesi è stata soprattutto difesa da: PFAFF, *Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere*, Wien, 1892, pag. 83 e segg. Ma contro di essa e a favore della teoria obbiettiva vedi: OTTOLENGHI, *La frode alla legge e la questione dei divorzi fra italiani naturalizzati all'estero*, Torino, 1909, pag. 3 e

legge con il motivo per cui si compie l'atto. Se si facesse ciò, non ricorrerebbero quasi mai i presupposti di fatto per l'esistenza della frode. Nessuno infatti compie un atto al solo scopo di violare lo spirito di una legge e, direi quasi, per il desiderio di prendere in giro il legislatore e di dimostrarsi più astuto di lui. Il motivo, che spinge il soggetto a volere l'atto in frode, sarà sempre un altro, così come è normalmente diverso dal desiderio di danneggiare i creditori il motivo, per cui agisce chi compie un atto in frode ai diritti di costoro. Ciò che deve richiedersi, sempre ammesso che sia esatta la teoria subbiettiva, del che noi dubitiamo fortemente, è invece la semplice coscienza o consapevolezza di porre in essere un atto che è in contrasto con lo spirito di una legge (1). Colui, il quale compie l'atto, sapendo ciò, implicitamente vuole violare la legge, anche se il motivo per cui compie l'atto consiste in un tutt'altro desiderio che in quello di porsi contro la volontà del legislatore (2). Vi sarebbe frode anche se agisse per un motivo encomiabile.

segg.; PACCHIONI, *Sull'« in fraudem legis agere »* in *Riv. di dir. comm.* 1911. II, pag. 332 e segg.

(1) Credo che i seguaci della teoria subbiettiva non richiedano altro che questo. PFAFF (*op. cit.*, pag. 83) richiede come momento integrativo della frode la « *rechtswidrige Absicht* ». Ora, benchè la parola « intenzione » abbia diversi significati, appare evidente dal contesto del lavoro che l'autore l'usa per indicare lo stato d'animo di chi compie l'atto, pur sapendo che esso è contrario alla legge.

(2) L'affermazione del MESSINA (*Sulla frode alla legge in Il Circolo giuridico*, 1907, pag. 216) che « nessuna conseguenza produce la frode alla legge quand'essa si annidi solo nei motivi remoti del negozio giuridico » non va naturalmente intesa nel senso che, se il motivo per cui si compie l'atto è quello di frodare la legge (e la violazione obbiettivamente esista), l'atto sia valido. L'illustre autore, il quale vede nella frode alla legge un vizio della causa, ha inteso riferirsi a quei casi in cui il compimento del negozio non attua ancora una frode, ma serve a preparare le condizioni necessarie per attuarle con un atto successivo. A proposito della rinuncia alla cittadinanza italiana per divorziare all'estero egli infatti scrive (*op. cit.*, pag. 240): « Ma è poi vero che tale rinuncia sia fraudolenta? Io ritengo di no. La rinuncia alla cittadinanza è un negozio giuridico unilaterale, che ha per causa il desiderio in chi la pone in essere di spogliarsi di quella data qualità di cittadino, desiderio che lo determina ad emettere la corrispondente dichiarazione di volontà; i moventi più remoti di tale negozio possono essere di indole diversissima, ma è chiaro, per le idee già espresse dianzi, che essi non entrano nel contenuto del negozio e non influiscono quindi sul regolamento giuridico di esso ».

19. — Benchè il caso non riguardi il diritto sostanziale, ma quello processuale, tuttavia, dato l'interesse ch'esso presenta per i cultori del diritto civile, è bene prendere in esame una recente affermazione del CARNELUTTI.

Quest'autore (1) ha creduto di poter rinvenire un caso di rilevanza dei motivi nell'art. 36 cod. proc. civ., dove è detto che per proporre una domanda in giudizio o per contraddire alla medesima, è necessario avervi interesse. Questa norma starebbe a dimostrare che non ogni interesse è dalla legge ritenuto sufficiente a legittimare la proponibilità di una domanda o la resistenza alla medesima, ma solo l'interesse, a cui si allude nell'articolo in questione e che sarebbe appunto l'interesse alla composizione di una lite attuale o probabile. In altri termini quest'articolo starebbe a dimostrare che non basta che si abbia un motivo per intentare l'azione o per resistere in giudizio ma occorre un motivo della natura di quello dalla legge indicato.

Questa tesi, nel punto in cui essa è favorevole all'esistenza di un caso di rilevanza dei motivi, non può essere seguita, appunto perchè non vede che il requisito richiesto dalla legge è rappresentato da un elemento obbiettivo e non già da un'elemento subbiettivo. Siamo perfettamente d'accordo nel ritenere che l'interesse di chi propone la domanda non può riguardare un vantaggio qualsiasi che il provvedimento gli possa arrecare e che viceversa è necessaria l'esistenza di un'interesse alla composizione della lite, ma ciò non vuol dire che non possa adire o resistere in giudizio chi, pur avendo, da un punto di vista obbiettivo quest'interesse, sia tuttavia mosso da motivi diversi dalla visione o rappresentazione psichica del conseguimento di quest'interesse (2).

(1) In: *Sistema del diritto processuale civile*, cit., vol. II, pag. 421.

(2) Così ad esempio se io sono creditore di cento, la mia domanda dovrà essere accolta, ancorchè io sia indotto a proporla dal desiderio di rovinare il mio debitore e non già dal desiderio di avere le cento lire. Neppure la teoria dell'abuso di diritto (sulla quale vedi relativamente alla nostra questione: JOSSEKAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, 1927, pagina 65) potrebbe giustificare, secondo noi, il rigetto della domanda. Ma, anche quando la si dovesse respingere in base all'anzidetta teoria, il rigetto non potrebbe essere giustificato dall'art. 36 cod. proc. civ.

SEZIONE SECONDA

Casi in cui ai motivi non si può riconoscere la rilevanza ad essi attribuita.

SOMMARIO: 20. I motivi e la distinzione dei negozi in gratuiti ed onerosi.
21. I motivi e le donazioni indirette. 22. I motivi e l'eccesso di potere
in materia di deliberazioni di assemblea. 23. I motivi e l'abuso di diritto.
24. I motivi e la concorrenza sleale. 25. L'art. 1039 cod. civ. e la rile-
vanza del motivo.

20. — Questi casi per la loro grande varietà si prestano ancor meno dei precedenti ad essere sottoposti ad una classificazione. Non ci resta pertanto che esaminarli in un ordine puramente cronologico.

È stato sostenuto dal JOSSEKAND (1) che la distinzione tra atti a titolo gratuito ed atti a titolo oneroso si fondi unicamente sulla considerazione dei motivi, che hanno indotto le parti a concludere il negozio. Quando avremo notato che la tesi lo porta a sostenere che « le prêt à intérêt, acte intéressé, voire spéculatif
« par excellence et par définition même, peut être envisagé cepen-
« dant sous l'aigle d'une libéralité lorsque il a été consenti par le
« bailleur de fonds en vue d'être agréable à l'emprunteur » (2), ci saremo credo liberati, di fronte all'assurdità di questa affermazione dall'obbligo di dimostrare l'infondatezza della teoria.

Senonché, se nessun autore, all'infuori del JOSSEKAND, ha mai osato sostenere che siano unicamente i motivi a decidere della gratuità od onerosità di un atto, tuttavia una parte della dottrina mostra di credere che il carattere gratuito od oneroso di qualche negozio dipenda proprio dai motivi. Mi riferisco soprattutto al negozio unilaterale di rinunzia.

In un opera abbastanza nota (3) trovo scritto che la rinunzia « secondo le circostanze in cui è fatta può essere atto a titolo

(1) *Op. cit.*, pag. 315 e segg. Vedi soprattutto pag. 375.

(2) *Op. cit.*, pag. 330, n. 262.

(3) N. e L. COVIELLO, *Delle successioni*. Parte generale, 3ª ediz., 1932, pag. 463. Vedi anche JOSSEKAND, *op. cit.*, pag. 327 e segg.

« gratuito, se accompagnata dall'intenzione di favorire altra persona, può essere atto indifferente se si compie senza intenzione « nè di ricevere un corrispetto, nè di procurare ad altri un vantaggio, ma solo allo scopo di abbandonare un diritto ». Tutto ciò significa che, secondo l'autore del passo, la gratuità o meno della rinuncia dipende da un elemento subbiettivo che psicologicamente non può non essere un motivo.

Quest'insegnamento non può essere seguito, in quanto che fa dipendere il carattere gratuito od oneroso di un atto da elementi puramente subbiettivi, mentre invece la distinzione tra atti a titolo oneroso ed atti a titolo gratuito deve poggiare su elementi obbiettivi, cioè a dire sulla presenza o meno di un corrispettivo. Basta pensare alle comuni definizioni dei negozi a titolo gratuito e dei negozi a titolo oneroso, per convincersi dell'esattezza del nostro rilievo.

D'altronde anche di recente non sono mancati di quelli che proprio a proposito della rinuncia hanno posto in luce come la natura di atto gratuito od oneroso dipenda da un elemento obbiettivo. Si è detto (1) infatti che la rinuncia unilaterale ad un diritto di credito o ad un eredità deve considerarsi atto a titolo oneroso od atto a titolo gratuito, a seconda che esista o meno un corrispettivo stipulato in un contratto collegato al negozio unilaterale di rinuncia. L'affermazione è sostanzialmente esatta, anche se non prevede tutte le ipotesi, come ad esempio quella in cui la rinuncia ci appare come atto dovuto (2). Ed allora è evidente come il fatto che si sia rinunciato alla comunione del muro, per non sopportare le spese di riparazione, ovvero che si sia rinunciato ad un credito per non pagare l'imposta di ricchezza mobile non costituisce una ragione sufficiente per escludere che il negozio sia a titolo gratuito, tutte le volte in cui nè si è ricevuto un

(1) CARIOTA FERRARA, *Gratuità nei negozi di garanzia*, Sassari, 1936, pag. 6.

(2) Per determinare se in tal caso il negozio sia a titolo gratuito o a titolo oneroso, bisogna prima aver risolto la vecchia ma sempre interessante questione se le attribuzioni fatte *solvendi causa* siano (ed in quali casi) a titolo gratuito o a titolo oneroso. Vedi in proposito: OERTMANN, *Entgeltliche Geschäfte*, München, 1912, pag. 85 e segg.; LIEBISCH, *Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden im bürgerlichen Recht und im Reichssteuerrecht*, Leipzig, 1927, pag. 33 e segg., e i numerosi autori citati in queste due opere. In Italia prevale la tesi che dette attribuzioni siano a titolo oneroso. Non è il caso di entrare nella discussione.

corrispettivo nè si aveva l'obbligo di rinunciare (1). L'esistenza di motivi egoistici non può cambiare la natura gratuita dell'atto. Ed è facile dimostrarlo.

Se noi escludiamo che la rinuncia nei due casi dianzi propettati sia un negozio a titolo gratuito, dobbiamo inevitabilmente concludere che sia un atto a titolo oneroso. Parlare, come fa qualcuno (2) di un atto indifferente non è esatto, perchè, se si parte dal presupposto che un atto appartenga alla categoria di quelli sottoposti alla distinzione di atti a titolo gratuito ed atti a titolo oneroso, bisogna necessariamente relegarlo in una di queste due categorie. Vi sono indubbiamente degli atti di cui non si può dire che siano a titolo gratuito o a titolo oneroso, ma si tratta di atti che per loro natura (ad es. il matrimonio) non possono sottostare alla distinzione, perchè estranei al campo del diritto patrimoniale. Ora dire che sia a titolo oneroso la rinuncia alla comunione del muro fatta senza corrispettivo e senza esservi in precedenza obbligati a farla, mi pare che sia semplicemente assurdo.

D'altra parte, dal momento che nessuno dubita che una donazione fatta per motivi egoistici non cessa di essere una donazione (ad es. Tizio regala mille perchè spera di ricevere un regalo superiore) e quindi atto a titolo gratuito, perchè mai proprio per la rinuncia l'esistenza di un motivo egoistico dovrebbe escludere il carattere di atto a titolo gratuito?

Concludendo noi siamo dell'avviso che i motivi non possono mai e rispetto a nessun negozio costituire un elemento rilevante ai fini della determinazione del carattere gratuito od oneroso di un atto.

21. — Con la questione esaminata nel numero precedente non va confusa l'altra diretta a stabilire se la qualifica di donazione indiretta da dare ad un atto possa dipendere dai motivi per cui esso è compiuto.

Benchè la dottrina non si sia mai posta esplicitamente il problema, tuttavia da ciò che alcuni scrivono in proposito si può desumere che secondo loro il quesito andrebbe risolto affermati-

(1) Se si ritiene che i negozi di adempimento siano a titolo oneroso.

(2) N. e L. COVIELLO *op. e loco cit.*

vamente. S'insegna (1) ad esempio che la rinuncia ad un'eredità costituisce una donazione indiretta, se fatta allo scopo di avvantaggiare un altro e questo vantaggio praticamente si consegue.

A noi sembra però che questa tesi non possa venire accolta. L'art. 938 cod. civ., disponendo che « la rinuncia fatta da un coerede non induce accettazione di eredità quando sia fatta gratuitamente a tutti quei coeredi legittimi o testamentari, ai quali sarebbesi devoluta la porzione del rinunziante in caso di mancanza », impone la conclusione che l'atto in parola non implica affatto un'attribuzione di diritti dal rinunziante a coloro che della rinuncia si avvantaggiano (2). Viene quindi a mancare uno dei presupposti indispensabili al concetto di donazione, sia essa diretta od indiretta: l'impoverimento del donante con il conseguente e connesso arricchimento del donatario. Data la mancanza dell'elemento obbiettivo, l'indagine sulle intenzione e sui motivi del rinunziante non può, a nostro modesto parere, avere alcun valore.

Più delicata si presenta la questione per ciò che riguarda la rimessione di un debito. Scrivono N. e L. COVIELLO (3) che « la rimessione del debito per se stessa non è atto di donazione, potendo aver luogo per motivi egoistici, perchè ad esempio si sa che il debitore è insolvente e conviene rinunciare al credito per non pagare l'imposta di ricchezza mobile. Ma se il debitore invece è solvibile e la remissione si fa per avvantaggiarlo, allora benchè per se stessa non sia atto di donazione, pure essendo fatta in

(1) Vedi ad esempio N. e L. COVIELLO, *op. cit.*, pag. 463. Ma si tratta di un'opinione abbastanza diffusa.

(2) Nello stesso senso ASCOLI, in *Riv. di dir. civ.*, 1924, pag. 391 (vedi però: *Trattato delle donazioni*, 2ª ediz., Milano, 1935, pag. 339, in cui si discosta negli argomenti addotti per escludere che si tratti di donazione); SCUTO, *Le donazioni*, Catania, 1928 pag. 108 e segg. e pag. 1080.

Il codice civile germanico, come è noto, nel § 517 ha risolto la questione nel senso che la rinuncia non costituisce donazione. In materia vedi soprattutto, oltre i commentari di diritto civile, i due seguenti lavori: STÜTZEL, *Schenkung und Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses zum Vorteil eines Anderen im BGB.*, Inaugural-Dissertation Erlangen, Nurnberg, 1911; HELLWIG, *Erbschaftsansschlagung, und Gläubigenernanfechtung*, in *Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für F. von Martitz*, Berlin, 1911, pag. 157 e segg. Nel senso del § 517 si pronunziava la maggior parte degli autori di diritto comune (vedi WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit., vol. II, § 365, nota 6).

(3) *Op. cit.*, pag. 464.

circostanze tali da produrre un lucro al debitore, assume il carattere di donazione indiretta ».

Anche sulla esattezza di queste affermazioni è lecito sollevare i più forti dubbi. Prima di tutto dire che la rimessione non è per se stessa atto di donazione perchè può esser fatta per motivi egoistici significa escludere senza alcuna ragione ed in contrasto con il concetto stesso di donazione che questa possa esser compiuta per motivi egoistici. Viceversa che una donazione possa esser compiuta per siffatto genere di motivi è pacifico in dottrina (1). Vi è ad esempio donazione non soltanto quando una persona regala un milione ad un comune perchè spera di esser nominato podestà, ma anche quando uno regala una rivoltella ad un altro nella speranza che il donatario in un momento di sconforto si uccida. E questi sino a prova in contrario sono dei motivi egoistici. Ancora: vi è donazione nel caso in cui una persona per sottrarsi ad una legge fiscale, che grava di forti tasse i patrimoni superiori ad un milione, regala diecimila lire ad un Tizio qualsiasi in modo da portare le sue attività al disotto del milione. Ed allora perchè mai la presenza di un motivo egoistico dovrebbe togliere solo alle donazioni rinunziative il carattere di donazioni?

A parte questo, i COVIELLO non chiariscono perchè nella ipotesi in cui la rimessione sia fatta per motivi non egoistici ci si debba trovare di fronte ad una donazione indiretta e non già diretta. Per conto nostro, se si parte dal presupposto che la rimessione implichi un arricchimento del debitore ed un impoverimento del creditore, troviamo molto più logica e giuridicamente

(1) Vedi ad esempio: WINDSCHEID, *op. e vol. cit.*, § 365 nota 4, il quale scrive: «Ma non è da scambiare colla ragione determinante della locupletazione che la rende una donazione, la ragione determinante della donazione stessa, cioè la ragione, per la quale si concepisce l'intenzione di arricchire un altro per arricchirlo. Questa ragione può eventualmente essere benevolenza verso il ricevente; ma anche l'aspettativa, che con ciò si secondi uno scopo egoistico, sia la vanità, sia la spinta dell'opinione pubblica, sia un'ingiusta coazione, sia un qualche cosa d'altro». Cfr. pure: SCUTO, *op. cit.* pag. 144; ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, pag. 123 testo e nota; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 2^a ediz. Roma, 1928, vol. II, pag. 721. Lo stesso SAVIGNY (*Sistema del diritto romano attuale*, trad. it., Torino, 1889, vol. IV, § 153, pag. 103), che di solito viene citato come seguace della tesi contraria (vedi ad esempio l'esposizione del suo pensiero in ASCOLI, *op. cit.*, pag. 121) riconosce che l'esistenza di motivi egoistici non contrasta con l'essenza della donazione.

corretta, la tesi dell'ASCOLI (1), il quale sostiene che ci troviamo di fronte ad un vero proprio contratto di donazione.

Ma io voglio anche prescindere da quest'altra osservazione e fermarmi solo sul punto che per i fini del presente lavoro presenta maggiore interesse: quello relativo alla rilevanza dei motivi. A me appare evidente che, come per giudicare dell'esistenza o meno di una donazione diretta si guarda all'esistenza o meno dell'*animus donandi*, così è allo stesso elemento che bisogna guardare per stabilire se sussista o meno una donazione diretta. Orbene l'*animus donandi*, che secondo noi non consiste in altro che nell'intenzione di attribuire gratuitamente ad una persona un vantaggio patrimoniale, non è mai stato da nessuno considerato come motivo della volontà. Quindi nel caso di rimessione, a prescindere da quanto abbiamo detto in precedenza e anche ponendoci nello stesso ordine di idee degli illustri giuristi più sopra ricordati, quel che conta non è il motivo, egoistico od altruistico, per cui si compie l'atto, bensì l'intenzione di procurare gratuitamente al debitore un vantaggio, anche se lo si vuol procurare perchè in tal modo si evita di pagare le tasse. Come si vede, neppure in questa ipotesi è lecito attribuire ai motivi una rilevanza giuridica. I motivi, se mai, potranno facilitare l'opera del giudice, allorchè si tratta di stabilire se esisteva o meno l'intenzione liberale.

Lo stesso dicasi per l'atto di colui che va a seminare nel fondo di un altro con l'intento di non ripetere le spese fatte. Anche qui, in cui si vede un altro caso di donazione indiretta (2), non sono i motivi che contano, bensì l'intenzione di non più ripetere e quindi di procurare un vantaggio al proprietario del fondo seminato.

Come è noto, la dottrina (3) è solita addurre altre ipotesi di donazioni indirette, quali ad esempio quella del contratto a favore di terzi e del *negotium mixtum cum donatione*. Quanto al primo non si è mai parlato e non è facile vedere come se ne potrebbe parlare di una rilevanza dei motivi. Quanto al secondo

(1) *Op. cit.*, pag. 190. Vedi anche: SCUTO, *op. cit.*, pag. 1081.

(2) Vedi: N. e L. COVIELLO, *op. cit.* pag. 464.

(3) N. e L. COVIELLO, *op. e loco cit.*; SCUTO, *op. cit.* pag. 1078 e segg. MAROI, *op. cit.*, pag. 267 e segg.

abbiamo già visto, parlando del negozio indiretto, che l'elemento rilevante è non già il motivo, bensì la volontà di donare.

Concludendo noi diciamo che sulla qualifica di donazione indiretta da dare ad un atto non influiscono i motivi per cui esso viene compiuto. Questi possono soltanto servire ad accertare se è esistita o meno l'intenzione liberale. Quindi non è già la presenza di un dato motivo, bensì l'assenza o la presenza di questa intenzione che può avere influenza sulla qualifica stessa. Il che, se non erro, è sfuggito sin'ora alla dottrina.

22. — Com'è noto, in tempi abbastanza recenti si è tentato d'importare nel campo del diritto privato la teoria del cosiddetto eccesso di potere, per arrivare alla conclusione che le deliberazioni d'assemblea delle anonime prese dalla maggioranza contro gli interessi della società stessa al fine di procurarsi un vantaggio particolare, si debbano considerare nulle o più genericamente invalide (1).

L'argomento interessa il nostro lavoro perchè i propugnatori di questa soluzione sono portati per necessità di cose ad attribuire ai motivi una rilevanza giuridica. Si sostiene infatti che la ragione per cui la deliberazione (2) deve considerarsi nulla o comunque

(1) La letteratura sull'argomento è abbastanza notevole, per cui omettiamo di elencarla. I lavori più interessanti si trovano ricordati in LORDI, *Il così detto eccesso di potere nelle società anonime*, in *Riv. di dir. comm.*, 1937, I, pag. 131 nota 1. A questi aggiungi tra i più recenti: DONATI, *L'invalidità delle deliberazioni d'assemblea delle società anonime*, Milano, 1937, pag. 182 e segg.; NEUBERGER, *Le détournement de pouvoirs dans les sociétés anonymes*, Paris, 1937.

(2) Scrive ad esempio l'ASCARELLI (*Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni*, in *Riv. di dir. comm.*, 1930, I, pag. 741): « L'autorità giudiziaria non deve compiere nessun sindacato nel merito, ma semplicemente esaminare se la deliberazione, buona o cattiva che sia, sia stata dettata dall'interesse sociale, è a questi fini che deve venir compiuta una semplice indagine sui motivi della deliberazione ». Cfr. anche: FERRI, *Eccesso di potere e tutela delle minoranze*, in *Riv. di dir. comm.*, 1934, I, pag. 740; e prima ancora, *La tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in *Dir. e prat. comm.*, 1932, *passim* (a pag. 182 afferma ad es. che eccesso di potere si ha allorquando il diritto di voto spettante ai singoli venga esercitato per un fine diverso da quello sociale).

Il DALMARTELLO (*Osservazioni sul problema della protezione delle minoranze nelle società per azioni*, in *Giur. It.*, 1934, IV, pag. 64, accorda ai motivi mi-

impugnabile non può e non deve rinvenirsi nel fatto che essa è economicamente inopportuna e svantaggiosa per la società, bensì nel fatto che è stata presa dietro la spinta di un motivo egoistico, cioè a dire il desiderio di realizzare un guadagno in favore della sola maggioranza, quasi sempre interessata alla vita di un'altra società, concorrente o in relazione d'affari con la prima.

Da altri si è arrivati alla stessa conclusione della invalidità della deliberazione, ma in base ad altre ragioni. Più precisamente si è detto che l'invalidità è dovuta all'essere la deliberazione contraria ai buoni costumi (1) ovvero alla buona fede (2). Di queste due tesi noi però non dobbiamo occuparci per il momento (3). Il nostro attuale compito è solo quello di stabilire se per diritto positivo sia possibile accogliere la teoria dell'eccesso di potere e quindi dare ai motivi quella rilevanza giuridica che lo accoglimento di essa impone.

Non si può menomamente disconoscere che dal punto di vista dei principi di logica giuridica nulla si oppone a che la teoria in questione venga da un determinato legislatore trasportata dal campo del diritto amministrativo a quello del diritto privato. Si tratta però di vedere se il legislatore italiano abbia fatto ciò.

L'argomento principale posto innanzi da coloro che adottano la soluzione affermativa (4) è che esiste un principio generale di diritto per cui, allorché un potere venga conferito ad un soggetto nell'interesse di un altro, esso deve essere esercitato in confor-

nor rilevanza, perché ritiene che la deliberazione sia soggetta ad impugnazione ogniquale volta si dimostri che la maggioranza ha violato l'obbligo contrattuale della collaborazione di volontà, anche se ciò avvenga per aver trascurato di vigilare con la dovuta cautela. Siamo quindi di fronte ad un diverso atteggiamento.

(1) E' una tesi sostenuta con frequenza dalla giurisprudenza tedesca. Cfr.: HUECK, *Die Sittenwidrigkeit von Generalversammlungs beschlüssen der Aktiengesellschaften und die Rechtsprechung des Reichsgerichts*, in *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, Berlin und Leipzig, 1929, vol. IV, pag. 167 e segg.

(2) Vedi ad esempio: WIELAND, *Handelsrecht*, München und Leipzig, 1931, vol. II, pag. 295. Per più ampie citazioni: DONATI, *op. cit.*, pag. 184, nota 4.

(3) Per l'analisi di queste teorie cfr.: FERRI, *op. cit.*, in *Dir. e prat. comm.*, 1932, pag. 173 e segg. Vedi anche: LORDI, *op. cit.*, pag. 136 e segg.

(4) CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni dell'assemblea delle anonime*, in *Riv. di dir. comm.*, 1926, I, pag. 180; FERRI, *op. cit.*, in *Dir. e prat. comm.*, 1932, pag. 178.

mità all'interesse di quest'ultimo, principio che d'altra parte risulterebbe da diverse norme di legge e soprattutto dagli artt. 678, 1718, cod. civ., 728 cod. comm. (1).

Contro questo argomento si è obiettato (2) che l'interesse della società è determinato dagli organi di essa e soprattutto dall'assemblea. Di conseguenza non è ipotizzabile un caso in cui l'interesse in vista del quale l'assemblea ha votato non coincida con l'interesse della società. Il che implica che praticamente la assemblea agisce sempre nell'interesse di quest'ultima. A noi sembra però che quest'argomento non sia per nulla convincente (3) perchè è sempre possibile sceverare l'interesse della società da quello della maggioranza.

Con maggior fondamento altri (4) hanno osservato che il principio addotto dagli avversari non risulta affatto comprovato dalle norme di legge, che essi invocano. Forse sarebbe stato più esatto dire che da queste norme di legge non risulta: a) che la legge prende in considerazione l'elemento soggettivo, precisamente il motivo per cui agisce il titolare del potere; b) che queste norme costituiscano delle applicazioni di un principio generale, valido anche in mancanza di una dichiarazione del legislatore, e non invece delle disposizioni particolari ai singoli casi. Si sarebbe potuto aggiungere che non tutte le norme addotte confermano che nel caso in cui il potere venga esercitato in modo non conforme all'interesse del terzo, l'atto sia considerato nullo od invalido.

Vediamo se l'esame di queste norme ci dia ragione.

Per quanto riguarda l'art. 1718 cod. civ., in cui è detto che « se i soci hanno convenuto di rimettersi al giudizio di uno di essi o di un terzo per determinare le porzioni, la determinazione che sarà data non può impugnarsi che nel caso in cui sia evidentemente contraria all'equità », ci basterà osservare — ed il rilievo è decisivo — che la legge prescinde dalla considerazione di qualsiasi elemento subbiettivo e tien conto solo di un elemento

(1) FERRI, *op. cit.*, in *Riv. di dir. comm.*, 1934, I, pag. 743 e segg.

(2) SCORZA, *L'eccesso di potere come causa d'invalidità delle deliberazioni d'assemblea delle anonime*, in *Riv. di dir. comm.*, 1933, I, pag. 650.

(3) Vedi: FERRI, *op. cit.*, in *Riv. di dir. comm.*, 1934, I, pag. 730 e segg.; DONATI, *op. cit.*, pag. 189.

(4) Cfr.: DONATI, *op. cit.*, pag. 190 e segg.

obbiettivo, il fatto che la determinazione sia evidentemente contraria all'equità. Se in quest'articolo si dovesse vedere un'applicazione della teoria dell'eccesso di potere, bisognerebbe arrivare alla conclusione che una determinazione quanto mai iniqua non potrebbe essere impugnata, se emessa in buona fede nell'erronea credenza dell'uguaglianza delle porzioni, e viceversa che una determinazione giusta potrebbe esserlo, se il terzo abbia voluto favorire uno dei soci, ma per circostanze varie non sia riuscito nel suo intento (1). Non ho bisogno di rilevare come questa conclusione sarebbe nettamente contraria alla volontà del legislatore.

Neppure l'art. 678 cod. civ. è favorevole agli avversari. Disponendo che le deliberazioni della maggioranza non sono obbligatorie allorchè risultino pregiudizievoli alla cosa comune, il legislatore ha voluto anche qui prescindere dai motivi che hanno indotto la maggioranza a prendere la deliberazione e tenere conto soltanto del risultato della deliberazione stessa, della convenienza economica o meno di essa.

Ancor meno convincente è il richiamo all'art. 728 cod. comm. La dottrina (2), come è noto, ha trovato della difficoltà nel determinare quali siano le operazioni a cui il legislatore ha inteso riferirsi in questa norma. Gli avversari (3) pretenderebbero, benchè non lo dicano esplicitamente, che siano denunziabili tutte le operazioni compiute in vista di un fine aberrante. Ma a noi sembra che dall'articolo in parola non risulti ciò. Il legislatore ha voluto fissare il termine entro cui il giudice delegato deve prov-

(1) A proposito di questa norma il FERRI (*op. cit.*, in *Riv. di dir. comm.*, 1934, I, pag. 745) osserva: « La legge sancisce l'obbligo dell'arbitratore ad esercitare il potere in relazione allo scopo per cui è stato dato. Solo poi pretende per l'impugnativa dell'atto un sintomo sicuro della deviazione dello scopo ».

Ciò però non persuade. In primo luogo non è facile a capire perchè il legislatore abbia potuto voler escludere altre prove dell'esistenza di un eccesso di potere, che non sia quello risultante dall'iniquità della decisione. In secondo luogo la tesi dell'illustre autore porta ad escludere l'impugnativa nel caso in cui la decisione sia iniqua ma sia stata presa in buona fede. Il che è assurdo. In terzo luogo l'iniquità non è un sintomo sicuro, appunto perchè può sussistere malgrado la buona fede. La verità è che il legislatore ha voluto prendere in considerazione solo il risultato iniquo o meno della decisione, senza considerare i motivi che hanno portato ad essa.

(2) Cfr.: BONELLI, *Il fallimento*, Milano, s. d., vol. II, n. 509.

(3) Cfr.: FERRI, *op. cit.*, in *Riv. di dir. comm.*, 1934, I, pag. 745.

vedere sulle istanze proposte contro qualche atto del curatore, ma non si è affatto preoccupato di determinare quali siano le operazioni soggette ad istanze ed i presupposti, ricorrendo i quali queste siano ammissibili. Di conseguenza per sostenere che il legislatore abbia voluto riferirsi agli atti compiuti per eccesso di potere, bisogna prima e per altra via dimostrare che l'eccesso di potere possa viziare le operazioni stesse. Il che naturalmente gli avversari si guardano bene dal dimostrare.

Oltre ai tre articoli, di cui ci siamo occupati, molti altri sono stati adottati dai fautori della tesi criticata, ma essi non provano nulla in favore di essa. La natura del nostro lavoro non ci consente di soffermarci su un esame particolareggiato di esse, per cui rinviemo a quanto è stato detto in proposito da altri (1).

Escluso che nel nostro ordinamento esista un principio di diritto che dichiarì nulli od impugnabili gli atti compiuti in vista di un fine aberrante, da chi è investito di un potere per la protezione di un interesse altrui vengono naturalmente a perdere ogni valore quelle considerazioni di convenienza pratica, a cui sovente si richiamano gli avversari (2). D'altra parte ci non interessa determinare se per altre vie, come potrebbero essere quelle più sopra ricordate, non si possa pervenire allo stesso risultato, a cui pervengono gli avversari. Quello che ci preme escludere è che dell'eccesso di potere si possa fare una causa d'invalidità delle deliberazioni ed attribuire, sotto questo punto di vista, una rilevanza ai motivi.

23. — Molti degli autori, i quali ammettono il divieto del cosiddetto abuso di diritto, pongono tra gli elementi costitutivi di esso un elemento subbiettivo, il quale per altro non viene concepito da tutti o in tutti i casi allo stesso modo. Vi è ad esempio chi (3) ritiene che esso consista nella consapevolezza delle conseguenze

(1) Vedi soprattutto: DONATI, *op. cit.*, pag. 190 e segg.

(2) Non sono d'altra parte mancati di quelli, che hanno prospettato anche gli inconvenienti a cui può portare la tesi criticata. Vedi LORDI, *op. cit.*, pag. 145. Ma con il prospettare gli inconvenienti dell'una e dell'altra tesi non si risolve la questione.

(3) NOTO SARDEGNA, *L'abuso del diritto*, Palermo, 1907, pag. 27 e segg. Nella dottrina francese vedi gli autori citati in ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. di dir. civ.*, 1923, pag. 424.

dannose dell'atto voluto, mentre altri (1) esigono addirittura, specialmente in materia di atti emulativi, che il soggetto abbia compiuto l'atto allo scopo di recar danno. Altri (2) infine, con maggior fondamento, riconoscono che questo elemento subbiettivo non può esser lo stesso per tutti i casi, ma bisogna distinguere da argomento ad argomento. È evidente infatti che, se si pongono tra gli atti implicantanti un abuso di diritto, come fanno alcuni (3), gli atti emulativi, quelli in frode alla legge, o ai creditori, la revoca, la disdetta o il recesso senza giusta causa e tanti altri più o meno riprovati dal diritto privato, il voler trovare un elemento subbiettivo comune a tutti quanti costituisce una pretesa semplicemente assurda.

Poichè ai nostri fini interessa solo lo studio di quel particolare elemento subbiettivo che si chiama motivo, solo quegli atti di abuso di diritto, che tra gli elementi costitutivi hanno un motivo ingiusto, illegittimo, arbitrario, debbono essere esaminati in questa sede.

Tra di essi non possiamo noverare nè gli atti in frode alla legge o ai creditori nè, malgrado qualcuno (4) abbia implicitamente sostenuto il contrario, le dichiarazioni di revoca o di recesso senza giusta causa, per le ragioni che in precedenza abbiamo avuto occasione di chiarire.

(1) RONJAT, in *Sirey*, 1893, I, pag. 48; FERRON, *Ibidem*, 1905, 2, pag. 17; FLUMENE, *L'uso illecito del diritto*, in *Studi in onore di Ascoli*, Messina, 1931, pag. 448 e *passim* (quest'ultimo non è però esplicito); e con loro la dottrina dominante, tra quelli che ammettono il divieto.

(2) Vedi ad esempio: JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, cit., pag. 338 e segg.

(3) JOSSERAND, *op. ult. cit.*, *passim*.

(4) NOTO SARDEGNA, *op. cit.*, pag. 101, il quale scrive: « È tutta un'indagine sull'animo dell'agente che usa del proprio diritto », mostrando di credere che in tale materia è il vero e proprio motivo che viene preso in considerazione. Vedi anche: JOSSERAND, *op. ult. cit.*, pagg. 174 e segg., 375 e segg. Il pensiero di quest'ultimo autore è però quanto mai incerto, perchè non è facile comprendere se nella espressione « giusti motivi » il termine « motivo » viene adoperato in un senso subbiettivo o in un senso obbiettivo. Da ciò che scrive a pag. 386 nota 1, dove distingue tra « motif » e « mobile » sembrerebbe che il primo di questi due termini venga usato in un significato obbiettivo (il che è confermato nella pag. 181, 2°). Ma proprio in questa materia altre volte (vedi ad es. pag. 181 3°) egli parla non più di « motifs » ma di « mobiles », il quale ultimo termine ha indubbiamente un significato subbiettivo.

Interessano viceversa il nostro tema gli atti emulativi, dato che la dottrina dominante richiede nell'agente l'*animus nocendi*, concepito appunto come desiderio di arrecar danno, che spinge il soggetto a compier l'atto. Siamo dunque nel campo dei veri e propri motivi.

In questa sede non possiamo entrare in merito alla discussione del divieto o meno, nel nostro ordinamento, degli atti emulativi. Ci sembra però che, malgrado il parere contrario della giurisprudenza e di una buona parte della dottrina (1) allo stato attuale della nostra legislazione la tesi favorevole al divieto non sia giustificata (2), anche se *de jure condendo* essa sia pienamente da approvare. Ci sembra pertanto che i motivi dell'atto non possono avere quella rilevanza giuridica che gli avversari vogliono attribuir loro.

All'infuori degli atti emulativi e di certi atti di concorrenza sleale, considerati da alcuni come impicanti un abuso di diritto ma dei quali ci occupiamo nel paragrafo successivo, non mi pare che ne esistano altri rispetto ai quali si affermi che la qualifica di abusivo dipenda in tutto o in parte dal motivo per cui vengono compiuti. Possiamo pertanto passare ad esaminare un altro argomento.

24. — Sul ruolo, che, in materia di atti di concorrenza sleale ha l'elemento soggettivo — sia esso dolo, colpa, motivo — le opinioni degli autori sovente divergono in modo sostanziale. In questa sede a noi interessa tener conto solo delle dispute che concernono quel particolare elemento soggettivo di cui ci stiamo occupando nel presente lavoro.

Vi sono degli autori (3), i quali sostengono che determinati atti debbono considerarsi come impicanti o non impicanti una concorrenza sleale a seconda del motivo per cui vengono compiuti.

(1) Vedi gli autori citati in FLUMENE. *op. cit.*, pag. 449 nota 1.

(2) Oltre gli autori citati in FLUMENE, *op. cit.*, pag. 448 nota 1, vedi anche PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, vol. V, Milano, 1938, pag. 107 e segg.; VERGA, *Osservazioni sul progetto del libro secondo del codice civile*, Parma, 1938, pag. 27.

(3) Vedi ad esempio: JOSSE-RAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, cit., pag. 216 e segg.; il quale crede di poter utilizzare a sostegno della sua tesi la teoria dell'abuso di diritto.

Il caso più importante è quello della vendita di merci fatta sotto prezzo. Si afferma da alcuni (1) che, se il venditore compie l'atto perchè spinto dal desiderio di danneggiare uno o gli altri concorrenti, ricorrono gli estremi della concorrenza sleale, mentre invece, se il motivo è diverso, l'atto deve considerarsi perfettamente lecito. Altri (2) sono però contrari a questa distinzione e sostengono che la vendita sotto prezzo non costituisca mai un atto di concorrenza sleale, qualunque sia il motivo per cui venga compiuta, supposto naturalmente che non esista l'obbligo di non vendere al disotto di un dato prezzo.

La soluzione del problema non è certo facile. A noi sembra comunque che le ragioni addotte da questi ultimi scrittori (3), siano più persuasive, onde saremmo propensi ad escludere che il motivo della vendita a prezzo basso possa influire sulla qualifica dell'atto. Di concorrenza sleale si potrà solo parlare nei casi in cui il venditore non si limiti a vendere sotto prezzo un dato prodotto, ma tenti di denigrarlo ponendolo magari a raffronto con altro suo prodotto.

Ma allora l'atto di concorrenza sleale consisterà in questa denigrazione e non già nel fatto di vendere a basso prezzo.

Anche per gli atti di denigrazione si agita la questione se i motivi per cui sono compiuti possono influire sulla loro qualità

(1) Vedi: CHENEVARD, *Traité de la concurrence déloyale*, Genève-Paris, 1914, vol. II, pag. 436; TEDESCHI, *L'abuso di diritto*, Torino, 1908, pag. 62 (quest'ultimo citato in ROTONDI M., *op. cit.*, in *Riv. di dir. civ.*, 1923, pag. 342); DI FRANCO, *Trattato della proprietà industriale*, Milano, 1933, pag. 501. La Corte di App. di Milano (14 giugno 1932, in *Riv. di dir. comm.*, 1932, II, pag. 676) ha deciso che « non costituisce atto di concorrenza sleale il fatto del commerciante, concessionario dell'esclusiva di vendita di determinate merci in una piazza, il quale rivenda una certa quantità delle merci stesse a prezzo inferiore a quello di acquisto e anche di costo, se tale vendita a prezzi ribassati è effettuata a scopo di liquidazione e non già allo scopo di sviare o di accaparrarsi la clientela del fabbricante e non sia accompagnata da atti che possono ingannare il pubblico e screditare i prodotti del fabbricante ». Sembrerebbe che la Corte intenda implicitamente seguire la tesi di questi autori.

(2) GIANNINI T., *La concorrenza sleale*, Napoli, 1898, pag. 163 e segg.; RAMELLA, *Trattato della proprietà industriale*, Roma, 1909, vol. II, pag. 464 e segg.; BOZZINI, *La concorrenza illecita nei traffici*, Milano, 1904, pag. 179; ROTONDI, *op. cit.*, in *Riv. di dir. civ.*, 1923, pag. 342.

(3) Vedi: GIANNINI, RAMELLA, BOZZINI alle *opp. e locc. citt.*

di atti di concorrenza sleale. In particolare si è detto da qualche autore (1) che questa qualità venga meno tutte le volte in cui il soggetto agisca per difendersi dagli attacchi mossi contro di lui. Ma la dottrina più autorevole (2) ha giustamente negato che si possa in questa sede utilizzare l'istituto della legittima difesa per la semplice ragione che non ne ricorrono i presupposti indispensabili. È esatto pertanto ritenere che gli atti di denigrazione, qualunque sia il motivo per cui vengono compiuti, ingenerano responsabilità. Il che d'altronde ci sembra quanto mai logico e giusto. La possibilità che l'atto di denigrazione produca del danno in seguito allo storno della clientela non è minimamente influenzata dal motivo per cui esso si compie e quindi non si capirebbe perchè la diversità di questo motivo dovrebbe decidere della responsabilità o meno del soggetto.

È molto discusso (3) se la diffusione di notizie vere o i rilievi di ordine critico possano costituire degli atti di concorrenza sleale. Non è questo il luogo più adatto per addentrarci nella discussione. Ci limiteremo soltanto a notare che la soluzione del problema non può esser fatta dipendere dalla considerazione dei motivi per cui si son diffuse le notizie o avanzate le critiche (4). Bisognerà invece tener conto delle modalità che accompagnano questi atti (5).

In alcune legislazioni straniere viene in questa materia attribuita una rilevanza giuridica allo scopo che il soggetto intende perseguire e quindi, dati i rapporti a suo tempo chiariti tra scopo e motivo, al motivo per cui egli pone in essere un determinato atto. È stabilito ad esempio nella legge germanica contro la concorrenza sleale del 7 giugno 1909 (§ 1) che « colui il quale nel-

(1) Vedi ad es.: JOSSEKAND, *De l'esprit des droits*, cit., pagg. 222 nota 1.

(2) Vedi soprattutto la nota del BRUNETTI A., *Della legittima difesa nella concorrenza sleale*, in *Riv. di dir. comm.*, 1904, I, pag. 455 e segg.; GHIRON, *Corso di diritto industriale*, 2 ediz., Roma, 1935, vol. I, pag. 98; DI FRANCO, *op. cit.*, pag. 490.

(3) Per la questione cfr.: GHIRON, *op. cit.*, pag. 96; DI FRANCO, *op. cit.*, pag. 491.

(4) In questo senso: DI FRANCO, *op. cit.*, pag. 486, il quale scrive « indubbiamente, quali che siano il movente da cui è guidato e la finalità cui tende l'attacco, esso si risolve in ogni caso in un'offesa all'altrui reputazione ». Vedi da ultimo la recentissima nota di PELLEGRINO, *Critica scientifica e concorrenza sleale*, in *Temi Emiliana*, 1939, I, pag. 174.

(5) Vedi le giuste considerazioni del GHIRON, *op. cit.*, pag. 35.

l'esercizio degli affari, a scopo di concorrenza, commette azioni contrarie ai buoni costumi, può essere convenuto in giudizio perchè desista dalle azioni commesse e risarcisca il danno ».

Ora a noi sembra che neppure *de jure condendo* sia preferibile la tesi che vuol fare dello scopo di concorrenza uno degli elementi essenziali dell'atto di concorrenza sleale: anche se in pratica il più delle volte questo scopo esista. Ai fini strettamente privatistici a noi pare che la colpa debba essere equiparata al dolo e che l'anzidetto elemento subiettivo debba essere richiesto solo ai fini della repressione penale (1).

Vi è tuttavia un caso, in cui si potrebbe discutere se i motivi possono avere rilevanza anche ai fini del diritto privato, ed è quella della dichiarazione di un motivo falso di liquidazione. Qualcuno (2) vede in quest'atto una forma di concorrenza sleale (3). La rilevanza del motivo, se si dovesse accogliere questa tesi, consisterebbe in ciò che, per stabilire se vi sia o no un atto di concorrenza, bisognerebbe accertare il motivo vero della liquidazione.

Non intendo discutere a fondo l'esattezza o meno di questa tesi. Ciò nonostante mi permetto osservare che atto di concorrenza sleale si dovrebbe considerare non tanto la dichiarazione di un falso motivo di liquidazione, quanto invece il far credere che il prezzo della merce sia inferiore al suo valore. Se ad esempio uno dichiara di svendere per chiusura d'inventario, mentre invece svende per cessazione di commercio, ed i prezzi sono uguali a quelli che si sogliono praticare in caso di liquidazione per chiusura d'inventario, non vedo perchè questa falsa dichiarazione del

(1) L'art. 28 del progetto del cod. comm. elaborato dalla commissione reale per la riforma dei codici, prescinde da questo requisito ai fini privatistici; l'art. 910 dello stesso progetto lo richiede invece ai fini penali.

(2) Nella nostra dottrina vedi ad esempio RAMELLA, *op. cit.*, vol. II, pag. 435.

(3) In alcune legislazioni straniere il dichiarare un motivo falso di liquidazione costituisce per volontà esplicita del legislatore atto di concorrenza sleale, che viene anche punito penalmente. Vedi ad es. il § 4 della citata legge germanica sulla concorrenza sleale. Occorre però, ed è giusto, che la dichiarazione sia fatta ad un gran numero di persone e allo scopo (ecco un altro caso di rilevanza del motivo in questa stessa materia; ma qui si tratta non più del motivo della vendita, ma del motivo della falsa dichiarazione) di suscitare l'apparenza di un'offerta particolarmente favorevole.

motivo debba costituire un atto di concorrenza sleale. Questo può aversi solo nel caso in cui si dichiari un motivo falso di liquidazione per far credere che i prezzi sono altamente convenienti. Ma allora l'atto di concorrenza consisterà non tanto nella falsa dichiarazione del motivo, quanto invece nell'atto di far credere che le merci abbiano un valore superiore al vero.

Ora, se queste nostre osservazioni sono esatte, si dovrà concludere che in fondo neppure in questo caso ci troviamo di fronte ad una rilevanza del motivo.

25. — La giurisprudenza francese (1) e recentemente anche la nostra Corte Suprema (2) hanno creduto di poter dare una rilevanza giuridica ai motivi nell'interpretazione dell'art. 1039 cod. civ. Si è detto più precisamente che l'azione di rescissione per lesione non è ammissibile contro gli atti indicati in questo articolo, se non quando si dimostri che le parti hanno concluso il negozio al fine di far cessare lo stato di comunione, dovendosi invece escludere in tutti quegli altri casi, in cui si dimostri che si è agito per un motivo diverso.

Questa tesi non ci persuade. L'art. 1039 cod. civ. è indubbiamente mal formulato. Sembrerebbe, a leggerlo, che il legislatore abbia voluto dichiarare ammissibile l'azione di rescissione per lesione contro i contratti di divisione dissimulati sotto forma di vendita, permuta o transazione. Ma ragioni di ordine logico (3) hanno già indotto la dottrina (4) a scartare questa interpretazione. Eliminata questa però, la ricostruzione del pensiero del legislatore può farsi soltanto scostandosi dalla lettera della legge. Non è infatti concepibile un contratto di vendita, di permuta o di transazione, che abbia per *oggetto* la cessazione della comunione.

Ora a noi sembra che la soluzione migliore sia quella d'intendere la norma come se al posto della parola «oggetto» vi

(1) Vedi le citazioni in JOSSEERAND, *Les mobiles*, cit., pag. 405.

(2) Cass. Regno, 26 aprile 1937, in *Foro It.* 1937, I, pag. 1623.

(3) Se il legislatore avesse voluto sottoporre all'istituto della rescissione solo le divisioni dissimulate sotto uno dei contratti indicati nell'art. 1039 e non anche i veri e propri contratti di vendita, permuta, transazione, la norma sarebbe stata superflua.

(4) Vedi: N. e L. COVIELLO, *Delle successioni*, cit., pag. 546.

fosse il termine « risultato » o il termine « effetto ». I precedenti storici (1) sono favorevoli a questa interpretazione (2).

Inutile aggiungere che, se si accoglie l'anzidetta soluzione, non si può annettere nessuna importanza ai motivi per cui si è concluso il negozio.

(1) L'art. 1039 deriva dall'art 888 cod. civ. francese. I compilatori di quest'ultimo nel dettare la norma hanno avuto presente, oltre alla giurisprudenza anteriore alla codificazione, l'insegnamento del POTHIER (*Traité du contrat de vente*, n. 643), il quale scriveva: « Tuttavia, siccome negli atti non bisogna fermarsi alle parole, ma ricercare la volontà delle parti e qual'è l'atto che esse hanno avuto intenzione di fare, la giurisprudenza ha stabilito che, nonostante i termini di *vendita* nei quali questo atto è concepito, esso non deve essere considerato un contratto di vendita, ma come un atto che tien luogo di divisione e dissolutivo della comunione che esisteva tra le parti; perchè vi è la ragione di presumere che la principale intenzione che hanno avuto le parti nel fare quest'atto è stato quella di uscire dalla comunione ».

L'inizio di questo periodo potrebbe far credere che il POTHIER intenda riferirsi ai contratti di divisione erroneamente indicati dalle parti come contratti di vendita. Ma dal seguito del discorso risulta ch'egli tiene presente i veri e propri contratti di vendita. L'ultima proposizione dimostra poi come l'autore escluda che si possa di volta in volta indagare quale sia stata la volontà delle parti nel caso concreto.

(2) Nel Progetto definitivo del libro terzo del Codice Civile art. 303) alla parola « oggetto » è stata sostituita la parola « effetto ».

CAPITOLO TERZO

La rilevanza dei motivi nel diritto privato

SOMMARIO: 26. — Il valore dell'enunciazione del motivo. 27. — Si esclude che per la rilevanza del motivo occorra necessariamente la sua enunciazione o riconoscibilità. 28. — Il preteso principio della normale rilevanza del motivo determinante e riconoscibile. 29. — Enunciazione di un falso motivo. 30. — Su di una condizione necessaria perchè si possa parlare di una rilevanza del motivo. 31. — I vari casi di rilevanza. *Sezione prima*: 32 e segg.: — I motivi e la distinzione degli atti in civili e commerciali. *Sezione seconda*: 35 e segg.: — I motivi e le donazioni remuneratorie. *Sezione terza*: 37 e segg.: — I motivi e la nozione di atti di amministrazione. *Sezione quarta*: 38 e segg.: — I motivi illeciti. *Sezione quinta*: 57: — La rilevanza del motivo negli artt. 1733 e 1734 cod. civ. *Sezione sesta*: 58 e segg.: — I motivi nella teoria dei vizi del volere. *Sezione settima*: 65 e segg.: — I motivi e la responsabilità civile.

26. — Prima di esaminare i vari aspetti sotto cui i motivi sono presi in considerazione nel campo del diritto privato, sarà bene chiarire alcuni punti.

L'affermazione, che qualche volta era dato riscontrare nelle opere meno recenti, secondo cui il diritto — in particolar modo quello privato — non potrebbe annettere importanza ai motivi, per essere questi degli elementi psichici, che, come tali, potrebbero interessare solo la morale, ormai è da tutti considerata erronea (1). Per cui non vale la pena criticarla in questa sede.

Però è dato tuttora riscontrare nella dottrina delle affermazioni di diverso genere, che, se fossero vere, ci dovrebbero portare a concludere per l'irrilevanza dei motivi nel campo del diritto privato.

(1) Per la rilevanza in genere dell'elemento interno nel campo del diritto vedi: DEL VECCHIO, *Il concetto del diritto*, Bologna, 1906, *passim*. Con riguardo al diritto privato: MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, Berlin, 1907, pag. 601 e segg. Cfr. pure: CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, cit., vol. II, pag. 409 e segg..

Sostengono infatti alcuni scrittori (1) che nei casi, in cui i motivi sono presi in considerazione dal legislatore, occorre ch'essi siano esternati, ed altri (2) che « i motivi nel caso che vengano esteriorizzati non sono più motivi psichici ed assumono la figura di condizioni o *modus* ».

Ora è evidente che, se entrambe queste affermazioni fossero esatte — osservo incidentalmente che, se fosse esatta la seconda, avrebbero torto gli autori della prima a parlare di rilevanza dei *motivi* —, si dovrebbe riconoscere che nei casi, in cui sembrerebbe che vi sia una presa in considerazione dei veri e propri motivi, la rilevanza sarebbe in ultima analisi della volontà, perchè, come abbiamo notato a suo tempo, allorchè il motivo è elevato, secondo la comune terminologia, a condizione o *modus*, ci troviamo di fronte ad una rilevanza dell'elemento « volontà ».

Senonchè è facile dimostrare come tanto l'una che l'altra affermazione sono inesatte. Incominciamo dall'esame dell'ultima, ch'è la meno consistente.

Dire che nei casi, in cui il motivo è esternato, non ci troviamo più di fronte ad un elemento psichico, bensì ad una condizione (o ad una disposizione modale), significa identificare la dichiarazione di chi dice « *io voglio se si è realizzato o se si realizzerà un dato avvenimento* » e la dichiarazione di chi dice « *io voglio perchè si è realizzato o perchè si realizzerà un dato avvenimento* ». Confesso che questa identificazione è veramente strana. Infatti, mentre nel primo caso ci troviamo di fronte ad una volontà autolimitata, come si suol dire, nel secondo ci troviamo di fronte ad una volontà pura e semplice, accompagnata dall'enunciazione del motivo per cui la volontà si è formata. Chi

(1) ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale, Introduzione*, 3 ediz., Roma, 1936, pag. 49, il quale scrive: « Questa riconoscibilità non è certo sancita in via generale nel nostro sistema giuridico per i motivi dei contratti la cui conoscenza nella controparte è priva di influenza giuridica, ma ciò appunto perchè essi sono in linea generale irrilevanti giuridicamente. Chè, quando invece, come nel nostro caso (compra per rivendere), essi sono giuridicamente rilevanti, è ovvio pretendere la loro riconoscibilità per la controparte ». Il RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, cit., pag. 111, ritiene che solo uno specifico disposto legislativo può prescindere dal requisito della riconoscibilità.

(2) Vedi ad esempio: SCORZA, *L'eccesso di potere come causa d'invalidità delle deliberazioni d'assemblea delle anonime*, in *Riv. di dir. comm.*, 1933, I, pag. 651.

dice « *io voglio perchè* » non intende ancora restringere la portata del suo atto volitivo.

Se tutto ciò è esatto, come a noi sembra, la conclusione a cui bisogna pervenire è che il fatto che il legislatore richieda in certi casi la riconoscibilità del motivo o addirittura la enunciazione di esso non toglie che ci si trovi sempre di fronte ad una rilevanza del nostro elemento, perchè, come è stato giustamente osservato (1), un motivo dichiarato costituisce sempre un motivo.

Non si obietti poi che, se viene richiesta la enunciazione o la riconoscibilità, ciò vuol dire che per il prodursi di quella data conseguenza giuridica non basta che il soggetto abbia agito per un determinato motivo. Ciò non toglie infatti che il motivo sia sempre uno degli elementi presi in considerazione della norma. E tanto basta perchè si possa parlare di una sua rilevanza.

27. — Non è neppure fondata l'affermazione, secondo cui là dove il legislatore attribuisca una rilevanza al motivo occorre ch'esso sia manifestato o reso riconoscibile.

Gli avversari non adducono nessun argomento in sostegno della loro tesi, che pertanto potrebbe essere vittoriosamente combattuta con il semplice rilievo che l'interprete non può di suo arbitrio aggiungere un requisito a quelli richiesti dalla legge.

D'altronde un argomento contrario all'opinione criticata si può trarre dall'art. 828 cod. civ., il quale esige esplicitamente la enunciazione del motivo. Il che dimostra che nei casi in cui la legge ha voluto subordinare la rilevanza del motivo alla sua enunciazione o riconoscibilità l'ha detto esplicitamente.

Infine gli avversari, i quali hanno tenuto presente solo alcuni casi di rilevanza dei motivi (ad es. compra a scopo di rivendita) o addirittura dei casi in cui l'elemento rilevante non è un motivo (esempio tipico quello del negozio indiretto), non hanno pensato che in certe ipotesi manca qualsiasi ragione (anche di semplice opportunità) per richiedere la enunciazione o la riconoscibilità del motivo.

Concludendo a noi pare che, se non si può assolutamente affermare che non occorra mai la enunciazione del motivo, nei casi in cui questo elemento è rilevante, non si può neppure

(1) LENEN, *Nochmals die Lehre von der Voraussetzung*, in *Archiv für civ. Praxis*, vol. 79 (1892), pag. 50.

sostenere che il requisito della enunciazione o riconoscibilità occorra tutte le volte in cui il legislatore con una disposizione espressa non abbia stabilito il contrario. La verità è che vi sono dei casi in cui non occorre che il motivo sia enunciato (o reso riconoscibile) e dei casi invece in cui tale requisito deve sussistere.

Nel corso dell'indagine avremo occasione di fermare la nostra attenzione su alcuni di questi casi.

28. — Un'altra affermazione, sulla cui esattezza è lecito sollevare le più ampie riserve è quella (1), secondo cui esisterebbe nel nostro ordinamento il principio della rilevanza del motivo « allorchè il motivo abbia forza determinante, sia almeno riconoscibile dall'altro contraente e venga portato a conoscenza di questi come elemento cui si voglia dar forza vincolante, che si voglia, cioè, porre come elemento del negozio ».

L'autore di essa sembra escludere, e giustamente, che ogniqualvolta il motivo sia esternato all'altra parte (teniamo presente la fattispecie contrattuale), esso diventi per ciò stesso un elemento del negozio (2). Ammette però che esistano delle forme tali di enunciazione del motivo, per cui esso può effettivamente diventare elemento del negozio. Suppongo che non abbia voluto alludere ai casi in cui il motivo viene elevato a condizione o *modus*, perchè in essi siamo fuori del campo della rilevanza del motivo e perchè allora non avrebbe senso richiedere il requisito della forza determinante del motivo.

Senonchè, esclusi questi casi, in cui d'altronde ci troviamo di fronte ad un fenomeno ben diverso da quello della semplice enunciazione del motivo, noi non riusciamo a vederne altri che possono suffragare l'affermazione più sopra riportata. Se non erro, essa contiene un principio, che in verità non può trovare nessuna applicazione pratica, perchè fino a quando il soggetto si limita ad enunciare il motivo, questo non può mai esser conside-

(1) Vedi: RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, cit., pag. 110 e segg.; *La mancanza sopravvenuta del motivo espresso e determinante della disposizione testamentaria*, in *Riv. di dir. priv.*, 1938, II, pag. 31.

(2) Altrimenti non si spiegherebbe perchè egli esiga che il motivo debba essere portato a conoscenza come elemento cui si voglia dare forza vincolante.

rato elemento del negozio; il che dimostra in fondo che il principio non esiste affatto.

29. — Tanto nei casi, in cui la rilevanza del motivo è subordinata alla sua enunciazione o riconoscibilità nel momento in cui l'atto è compiuto, quanto in quelli, nei quali si prescinda da questo requisito, può avvenire che il soggetto enunci un motivo diverso da quello vero. Si tratta allora di vedere quali siano le conseguenze giuridiche di questo fatto.

Non credo che si possano fissare dei principi generali, dovendosi invece tener conto del diverso genere degli atti e della diversa rilevanza del motivo nelle singole fattispecie.

A volte la determinazione delle conseguenze giuridiche della falsa enunciazione del motivo si presenta agevole e non dà luogo a nessun dubbio. Così ad esempio nel caso in cui il testatore enunci un motivo falso, che successivamente si rivela anche erroneo, non sarà possibile impugnare la disposizione, dal momento che non si può provare che il testatore non avrebbe fatta la disposizione, se avesse saputo dell'erroneità del motivo enunciato. Non ci troviamo in altri termini di fronte ad un vizio della volontà, per la semplice ragione che questa si è formata per motivi del tutto diversi.

Altre volte invece l'interprete, nel silenzio della legge, si trova di fronte a delle difficoltà non trascurabili, data la coesistenza di diverse soluzioni logicamente e giuridicamente possibili. Lo si vedrà a proposito della distinzione degli atti in civili e commerciali. Il dubbio principale che si presenta è se debba avere la prevalenza il motivo vero o quello dichiarato. Ma all'infuori di queste due eventuali soluzioni non è detto che non ne possa sussistere qualche altra.

Del tutto speciali sono le conseguenze della enunciazione di un falso motivo nel caso, più sopra ricordato, del commerciante che dichiara pubblicamente di liquidare la merce per un motivo diverso dal vero. Abbiamo sollevato i nostri dubbi sull'esattezza dell'insegnamento di coloro che *de jure condito* vogliono vedere in questa dichiarazione un atto di concorrenza sleale. Ma, se si dovesse invece ritenere esatta la tesi criticata o comunque si volesse ragionare sulla base di quegli ordinamenti che considerano l'anzidetta dichiarazione un atto di concorrenza sleale, ci trove-

remo di fronte a questa singolare situazione: la falsa dichiarazione del motivo non influisce per nulla sulla regolamentazione del contratto di vendita che è la stessa qualunque sia il motivo per cui il contratto viene concluso, ma importa delle conseguenze giuridiche, essendo dalla legge considerata atto illecito. Il motivo della vendita è rilevante solo perché la sua conoscenza ci dà modo di controllare se la dichiarazione è stata falsa o vera.

30. — Una precisazione che ritengo opportuno fare in questa sede, anche se a taluno possa sembrare superflua, è che di una rilevanza del motivo in tanto si può parlare, in quanto la conseguenza giuridica venga dalla legge ricollegata all'esistenza *nel caso concreto* del motivo da essa previsto. Il che vuol dire che se il giudice non è tenuto a fare nessuna indagine psicologica, cioè ad accertare se il soggetto abbia agito per uno piuttosto che per un'altro motivo, di una rilevanza giuridica del nostro elemento non è il caso di parlare.

La cosa è talmente ovvia, che non ci saremmo preoccupati di richiamare su di essa l'attenzione del lettore, se le affermazioni di alcuni nostri autori non ci avessero dimostrato che non sempre è tenuta presente. Si è parlato (1) infatti di una rivelanza giuridica dei motivi a proposito della concessione al donante dell'azione di revoca per ingratitudine; così pure si è vista (2) una tutela giuridica dei motivi, che normalmente spingono una persona a contrarre matrimonio, nell'art. 107 cod. civ. e negli artt. 150 e segg., 130 e segg. cod. civ.

Per quanto riguarda la revoca a causa d'ingratitudine, benchè non siano state enunciate le ragioni che hanno indotto l'autore a parlare di una rilevanza dei motivi e quindi benchè non sia possibile procedere ad una confutazione di esse, tuttavia ci basta rilevare che la revoca è concessa indipendentemente dal motivo (simpatia, vanagloria, affetto) per cui si è stati indotti a donare.

Lo stesso dicasi per l'altro caso. Anche ammesso che presenti un'utilità il parlare di una causa del matrimonio (sarebbe comunque

(1) FORTI, *I motivi e la causa negli atti amministrativi*, in *Foro It.*, 1932, III, pag. 295.

(2) GORLA, « *Impotentia generandi* » e causa del matrimonio, in *Foro della Lomb.*, 1934, pag. 54 e segg.

la causa del negozio, non la causa, di cui all'art. 1104 cod. civ), e il dire che consiste nella unione stabile di due persone di sesso diverso, di guisa che il desiderio della mutua assistenza, della coabitazione, della procreazione, della congiunzione, rappresentino solo dei motivi, non è esatto dire che vi è una rilevanza del motivo sol perchè la legge concede l'azione di annullabilità in caso d'*impotentia coeundi* o perchè garantisce la mutua assistenza con le norme sulla separazione personale e con gli artt. 130 e segg. cod. civ. Infatti tanto queste che l'art. 107 trovano applicazione anche nel caso, in cui il matrimonio sia stato fatto per tutt'altra ragione che non quella della coabitazione, dell'assistenza .. ecc. (ad. es. per ragione d'onore o, caso opposto, per ragione di lucro). Ciò dimostra che la legge non si preoccupa affatto dei motivi che spingono le parti a concludere il matrimonio, perchè altrimenti dovrebbe condizionare l'applicazione di ciascuna di queste norme all'esistenza di uno piuttosto che di un'altro motivo, ma tiene presente altre esigenze, che lo stesso GORLA (1) ha ben individuato quando scrive che lo scopo della procreazione (il che vale anche per altri gli scopi) è tutelato dal diritto non come motivo sibbene addirittura ed esclusivamente come interesse pubblico.

31. — Premesse queste considerazioni di ordine generale, cerchiamo ora di determinare nei successivi paragrafi in quali casi e sotto quali aspetti i motivi hanno una rilevanza giuridica nel nostro ordinamento.

Naturalmente non possiamo asserire che quelli considerati siano i soli a rinvenirsi nel nostro ordinamento, ma ci sembra che, se delle lacune esistono, esse non debbano essere nè gravi nè numerose.

(1) *Op. cit.*, pag. 56. Cfr. anche: TRABUCCHI, *Il dolo*, Padova 1937, pag. 95. nota 2.

SEZIONE PRIMA

I motivi e la distinzione degli atti in civili e commerciali

SOMMARIO: 32. — I principali negozi che sono considerati atti di commercio in vista del motivo per cui sono compiuti. 33. — La questione della riconoscibilità o meno del motivo. 34. — La enunciazione di un falso motivo.

32. — E' stato notato da diversi scrittori (1) che i motivi sono presi in considerazione dal diritto al fine di determinare se un atto abbia natura civile o commerciale. Il rilievo è indubbiamente esatto. Infatti l'art. 3 cod. comm. reputa atti di commercio le compre di derrate o di merci per rivenderle o per darle in locazione (n. 1°), le compre e le rivendite dei beni immobili fatte a scopo di speculazione commerciale (n. 3°). In questi casi il motivo per cui l'atto è compiuto gli attribuisce la qualifica di commerciale.

Altre volte invece avviene che in considerazione del motivo un atto che sarebbe di natura commerciale viene invece considerato di natura civile. Dispone l'art. 4 cod. comm. che i contratti compiuti dai commercianti si reputano di natura commerciale, se non sono di natura essenzialmente civile o se il contrario non risulti dall'atto stesso. Orbene, se l'atto è compiuto per un fine estraneo al commercio (ad es. il commerciante prende del danaro a mutuo per dotare la figlia o per riparare il suo villino) e ciò risulta dal contratto stesso, viene sottratto alla legge commerciale e sottoposto a quella civile.

Si potrebbe indagare se, oltre ai casi dianzi esposti, ve ne siano altri, in cui dalla considerazione del motivo dipenda la qua-

(1) Vedi: JOSSEKAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé* cit. pag. 302 e segg.; ASCARELLI, *op. cit.*, in *Studi per Vivante*, vol. I, pag. 42 nota 1; IDEM, *Appunti di diritto commerciale, Introduzione*, cit., pag. 46 e segg. Questa rilevanza del motivo era stata già intravista, sebbene in modo vago e confuso, anche dal CORTE ENNA, *La particolare efficacia del motivo occasionale di contrattare*, in *Filangieri*, 1905, pag. 758 e segg.

lifica di civile o commerciale da darsi ad un atto (1). Ma, ai fini del nostro lavoro, non è necessario affrontare questa indagine dato che i casi già ricordati son valsi già a mostrarci uno dei

(1) L'ASCARELLI (*Appunti di dir. comm.*, vol. cit. pag. 50) ritiene che anche le operazioni di banca fondamentali sono atti di commercio in vista del motivo per cui esse vengono compiute. Occorre però notare (vedi: LA LUMIA, *Materia bancaria e diritto bancario*, in *Riv. di dir. comm.*, 1921, I, pag. 138; BOLAFFIO, *Leggi ed usi commerciali, atti di commercio, dei commercianti, dei libri di commercio*, vol. I, del « *Codice di commercio commentato* », 6ª edizione, Torino, 1935, pag. 303) che, mentre la compra per rivendere è atto di commercio ancorchè non segua la vendita, le operazioni di banca fondamentali sono atti di commercio solo in quanto i capitali avuti in prestito siano effettivamente investiti. Non basta quindi l'elemento intenzionale, ma si richiede anche un legame oggettivo tra le due operazioni (quella passiva e quella attiva).

Vi è però chi ritiene che la commercialità delle operazioni di banca sia dovuta all'esistenza di un'impresa (ARCANGELI, *Natura commerciale delle operazioni di banca*, in *Riv. di dir. comm.*, 1904, I, pag. 25 e segg.).

Ora, se fosse esatta questa tesi (di solito respinta vedi da ultimo: GRECO *Corso di diritto bancario*, 2ª ediz., Padova, 1936, pag. 30 e segg.), l'elemento intenzionale, cioè a dire il motivo, non avrebbe nessuna rilevanza più attenuata che è data dal fatto che l'operazione di banca è atto di commercio solo in quanto ricorrano un elemento subiettivo e un elemento obbiettivo.

In Francia taluni (vedi: JOSSEBRAND, *op. ult. cit.*, pag. 395 e segg.) considerano atto di commercio il contratto con cui una persona non commerciante prende del danaro in prestito per compiere successivamente un atto commercio. In Italia le opinioni sono discordi. Ritengono che l'atto sia di commercio, anche se con motivazioni diverse, i seguenti scrittori: BOLAFFIO *op. cit.*, pag. 147, n. 20 e pag. 478, c; SOPRANO, in *Foro It.*, 1924, I, pag. 271 e segg.; forse ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 55, affermando egli che sono commerciali tutti gli atti connessi con un altro atto di commercio. Tutti quanti però richiedono, esplicitamente od implicitamente, che la somma presa in prestito sia effettivamente impiegata in un'attività commerciale (vedi: Cass. Palermo, 1 maggio 1923, in *Foro It.*, 1923, I, 653). Quindi il motivo per cui si prende in mutuo la somma non può da solo rendere l'atto commerciale (la Corte di App. di Venezia, 4 luglio 1912, in *Foro It.*, 1912, I, 1574, ha escluso che possa considerarsi atto commerciale il mutuo anche se la somma venga successivamente impiegata in una attività commerciale; la Corte di App. di Firenze 30 gen. 1897, in *Foro It.*, 1896, I, pag. 834, ha invece stabilito che il mutuo è civile o commerciale secondo il fatto che lo determina e che per tanto è commerciale il mutuo convenuto per l'impianto di un'azienda commerciale; — non si capisce però se richieda l'effettivo impiego della somma —; allo stesso dubbio dà luogo la sentenza della Corte di App. di Torino, 31 agosto 1893 in *Giur. Tor.*, 1893, pag. 653). Osserviamo comunque che, perchè si possa par-

tanti aspetti, sotto cui il diritto privato può annettere rilevanza ai motivi.

33. — C'interessa viceversa la questione se il motivo debba essere conosciuto dall'altro contraente. Per l'ultimo dei tre casi ricordati è la legge stessa che risolve la questione in senso affermativo, richiedendo che il fine estraneo al commercio debba risultare dall'atto stesso. In questo caso anzi si richiede qualcosa di più che non la conoscenza da parte dell'altro contraente, perchè occorre addirittura l'enunciazione del motivo nell'atto stesso. Ma *quid iuris* per gli altri casi?

La dottrina, com'è noto, è divisa in proposito. Senza voler esaminare tutti gli argomenti addotti a favore dell'una e dell'altra tesi, mi limito a notare come non sia persuasivo l'argomento, che a favore della tesi affermativa si vuol trarre (1) dalla pretesa esistenza di un principio generale, secondo cui nei casi in cui il motivo è rilevante occorre ch'esso sia esternato e reso riconoscibile. Questo principio infatti non esiste. Più grave è la ragione, che si è soliti addurre a favore di questa tesi: esser cioè assurdo che l'altra parte possa esser sottoposta alla legge commerciale a sua insaputa. Ma, se questa fosse una ragione decisiva, bisognerebbe negare la natura commerciale ai contratti indicati dall'art. 3 n. 2, ogniquale volta non sia reso noto che il precedente acquisto è stato fatto a scopo di rivendita o di locazione (2). Mi sembra viceversa che a favore della tesi negativa, che pur tuttavia è la meno seguita, stiano due validi argomenti: a) il silenzio della legge; b) il fatto che, allorquando si è voluto la conoscibilità del motivo o la sua enunciazione, lo si è detto espressamente

lare di una rilevanza del motivo, basta che l'intenzione d'impiegare la somma di un'impresa commerciale costituisca uno degli elementi che vengono presi in considerazione per la commercialità dell'atto. Di una rilevanza del motivo non si potrebbe parlare, se si ritenesse in tutti i casi sottoposto alla legge civile il mutuo ovvero lo si ritenesse commerciale nel caso d'impiego della somma in un'impresa commerciale indipendentemente dall'esistenza o meno nel momento in cui veniva concluso il contratto, dell'intenzione d'impiegare la somma in un'attività commerciale.

(1) ASCARELLI, *op. cit.* pag. 49: GRECO, *Lezioni di diritto commerciale*, Torino, 1936, pag. 104.

(2) Cfr. TARTUFARI, *Della vendita e del riporto*, in « *Il codice di commercio commentato* », 6 ediz., Torino, 1936, pag. 17.

(vedi ed es., per rimanere nella nostra materia, l'art. 4 cod. comm.)

34. — Una questione, che non troviamo esaminata nella dottrina, è quella relativa all'influenza che sulla natura dell'atto ha l'enunciazione di un motivo falso. Tizio ad esempio dichiara che la somma presa a mutuo deve servire per dotare la figlia e invece è presa in prestito per ingrandire l'azienda, ovvero il contratto è concluso per questo motivo e viene dichiarato invece il primo. Caio dichiara di comprare dell'uva per rivenderla, ma invece la compra per mescolarla insieme a quella ricavata dal suo fondo e per farne poi del vino, oppure dichiara di volerla mescolare alla propria e invece è intenzionato a rivenderla.

La questione non è praticamente interessante, sol perchè è difficile che uno dichiari un motivo falso in questa materia, ma dal punto di vista teorico essa presenta un grande interesse. Le soluzioni logicamente possibili sono varie. Si potrebbe ad esempio: *a)* considerare come decisivo per la natura dell'atto il motivo vero, anzichè quello dichiarato; *b)* o viceversa; *c)* lasciare all'altro contraente il diritto di considerare l'atto civile o commerciale, facendo prevalere a suo piacimento o il motivo vero o quello falso; *d)* far dipendere la natura civile o commerciale dell'atto del motivo vero, salvo ad accordare all'altra parte il diritto al risarcimento di un eventuale danno (si supponga ad es. che sia trascorso il tempo per la prescrizione commerciale, ma non quello per la prescrizione civile).

Stabilire quale di queste varie soluzioni logicamente possibili sia quella esatta del nostro diritto non è sempre facile. Nel caso in cui un commerciante prenda in prestito una somma dichiarando di volerla impiegare per ingrandire la sua azienda, mentre invece si propone di utilizzarla per fini estranei al commercio, non ci sembra dubbio che l'atto si debba considerare come commerciale. Ed in vero, anche quando il mutuatario non dichiara di volere impiegare la somma per un fine commerciale, il mutuo si dovrebbe sempre considerare atto commerciale, data la presunzione dell'art. 4 cod. comm., mentre d'altra parte il motivo vero non può avere alcuna rilevanza perchè non è stato dichiarato.

Ma che cosa bisogna dire nel caso in cui venga dichiarato un fine estraneo al commercio, mentre invece s'intende impiegare la

somma in un'attività commerciale? A noi sembra che in tal caso debba prevalere il motivo falso, anzichè quello vero.

Più delicata è la questione per quanto riguarda gli atti di cui l'art. 3, n. 2 e 3 cod. comm. Se si dovesse accogliere la tesi che ritiene necessaria la riconoscibilità dell'intenzione di rivendere o dello scopo di lucro, si potrebbe con sufficiente sicurezza sostenere che nel caso, in cui si compri per rivendere (trattandosi di merci) o si compri a scopo di lucro (trattandosi d'immobili) e si dichiarì un motivo diverso, l'atto debba considerarsi di natura civile,

Esclusa l'esattezza di questa tesi, la conclusione può sembrare ingiustificata. A noi sembra comunque che, anche accettando la nostra, contraria al requisito della riconoscibilità, debba sempre prevalere il motivo falso a quello vero. Riconosciamo però che questa soluzione non può considerarsi sicura.

SEZIONE SECONDA

I motivi e le donazioni remuneratorie

SOMMARIO: 35. — Rilevanza del motivo in quest'argomento. 36. — Se occorre la enunciazione o la riconoscibilità del motivo.

35. — Il motivo, che spinge una persona a compiere un atto di liberalità *inter vivos*, non determina l'appartenza o meno del negozio al tipo contrattuale « donazione ». Esso però serve a differenziare una particolare categoria di donazioni, cioè a dire quelle remuneratorie, da tutte le altre.

E' noto che il concetto di donazione remuneratoria è ancora incerto in dottrina. Qualcuno (1) sostiene che siffatto genere di donazione si ha quando una persona, senza esservi obbligata, dona un oggetto per ricompensare il donatorio dei servizi patrimonialmente non estimabili da lui resogli. Altri (2) invece, e con maggior fondamento secondo noi, non richiede che il servizio, per ricompensare il quale si fa la donazione, sia patrimonialmente non estimabile.

(1) ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, cit., pag. 104 e segg,

(2) SCUTO, *Le donazioni*, Catania, 1928, pag. 922.

La disputa non c'interessa, perchè si accolga l'una o l'altra di queste due tesi, è sempre vero che la qualifica di remuneratoria da darsi alla donazione è ricollegata al motivo, per cui il soggetto vuole la liberalità (1).

Se il trattamento giuridico della donazione remuneratoria fosse identico a quello di qualsiasi altra donazione, noi non potremmo parlare di una rilevanza del motivo in questa materia. Senonchè il nostro legislatore, risolvendo in modo esplicito una vecchia questione, ha escluso che le donazioni puramente rimuneratorie possano essere revocate per causa d'ingratitude o per sopravvenienza di figli (art. 1087 cod. civ.).

L'avverbio « puramente », che si legge in quest'articolo, ha fatto sorgere la questione se l'eccezione riguardi tutte indistintamente le donazioni remuneratorie ovvero solo una particolare categoria di esse (2). Non c'interessa prendere posizione nella disputa, perchè anche quando si dovesse accogliere la seconda tesi, non per questo verrebbe meno la rilevanza del motivo. La sola conseguenza dell'accoglimento di questa seconda tesi sarebbe la restrizione di questa rilevanza ad un numero minori di casi.

Mi si potrebbe però obiettare che, se si dovesse seguire la seconda tesi, l'irrevocabilità della donazione non sarebbe più da ricollegarsi al motivo per cui l'atto viene compiuto, ma a questo motivo e all'altro elemento obbiettivo, che distingue le donazioni

(1) Questo caso di rilevanza del motivo, prima che dalla dottrina più recente (vedi: ASCARELLI, *op. cit.*, in *Studi in onore di Vivante*, cit., vol. I, pag. 42 nota 1; LOMBARDI, voce: *Motivo*, in *Dizionario di diritto privato*, pag. 1038), era stato notato da altri scrittori, quali ad es.: PUCHTA, *Pandekten*, 12^a ediz. Leipzig, 1877, pag. 110; HILGERS, *Die rechtliche Natur der remuneratorischen Schenkung*, In. Diss. Erlangen, Köln, 1897, pag. 5.

Non avrei bisogno di notare che non si ha donazione remuneratoria nel caso, in cui il donatario abbia reso dei servizi al donante, ma questi compia la donazione per altri motivi che non la considerazione di questi servizi. Se così non fosse non si potrebbe parlare di una rilevanza del motivo.

(2) Vedi in proposito: SCUTO, *op. cit.*, pag. 922 e segg., il quale sostiene la seconda tesi, accolta dalla Corte di Cass., 9 marzo 1929, in *Giur. It.*, 1929 I, 1, pag. 495 (nel contesto). *Contra*: ASCOLI, *op. cit.*, pag. 322, il quale mostra di credere che ogni donazione remuneratoria sia sottratta alla revoca per ingratitude o sopravvenienza di figli (si tenga però presente il concetto che quest'autore ha delle donazioni remuneratorie); App. Roma 24 apr. 1887, in *Temi Romana*, 1887, pag. 199, cit. da SCUTO.

puramente remuneratorie dalle altre donazioni remuneratorie (1).

L'obbiezione sarebbe esatta, ma inconcludente, perchè di una rilevanza giuridica del motivo si può parlare non solo nel caso in cui la conseguenza giuridica — nel nostro caso l'irrevocabilità della donazione — è ricollegata esclusivamente alla considerazione del motivo, ma anche in quegli altri casi in cui è ricollegata ad una fattispecie più complessa, della quale il motivo costituisca solo uno degli elementi costitutivi.

36. — Perchè la donazione possa considerarsi remuneratoria occorre forse che il motivo venga enunciato nel contratto o comunque reso riconoscibile al donatario?

Della questione si è recentemente occupata la nostra Corte Suprema (2), la quale ha giustamente adottato la soluzione negativa. Gli argomenti addotti in suo sostegno lasciano però a desiderare. La Corte si è infatti richiamata all'art. 1120 cod. civ. che nel caso era inapplicabile, perchè la considerazione dei servizi ricevuti rappresenta il motivo e non già la causa (in senso tecnico) della donazione (3).

A sostegno della soluzione negativa si può invece addurre il silenzio del legislatore, il quale non ha richiesto la riconoscibilità del motivo, ed il fatto che non vi è nessuna ragione logica che giustifica il requisito della enunciazione o della riconoscibilità.

Infatti la particolare disciplina delle donazioni remuneratorie è in confronto alla disciplina di tutte le altre donazioni vantaggiosa per il donatario, il quale pertanto non ha alcun interesse ad essere informato della speciale natura della liberalità ricevuta al momento del contratto.

(1) Questo elemento, secondo lo SCURO (*op. cit.*, pag. 923), sarebbe dato dalla proporzione tra il valore dell'oggetto donato e quello dei servizi ricevuti. In mancanza di questa proporzione la donazione, pur essendo remuneratoria, non sarebbe sottratta alle due azioni di revoca.

(2) In data 9 marzo 1929, in *Giur. It.*, 1929, I, 1, pag. 491 e segg.

(3) Sull'art. 1120 e sul successivo vedi il nostro lavoro: *Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione*, in *Riv. di dir. civ.*, 1938, pag. 1 e segg.

SEZIONE TERZA

I motivi e la nozione di atti di amministrazione

SOMMARIO: 37. — Negozi che costituiscono o meno atti di amministrazione in vista del motivo o dello scopo per cui sono compiuti. 38. — Se occorra la enunciazione del motivo; se abbia la prevalenza il motivo falso o quello vero.

37. — Degli atti eccedenti, come si suol dire, la semplice amministrazione, il legislatore italiano ha dato in vari articoli del codice degli elenchi, che, per non essere completi, ed in mancanza di una definizione, servono solo in parte di aiuto alla dottrina, allorchè questa vuole fissare in una formula più o meno generica il concetto di atto di amministrazione.

Senza voler esaminare tutte le questioni, a cui dà luogo l'argomento, noi ci proponiamo di dimostrare come a volte il motivo possa essere un elemento decisivo per stabilire se un negozio costituisca o meno un atto eccedente la semplice amministrazione. Per atti di amministrazione noi intendiamo, seguendo in ciò il FERRARA (1), quegli atti che senza alterare l'integrità del patrimonio sono rivolti al mantenimento, fruttificazione e miglioramento di esso.

Lo stesso FERRARA aveva già osservato (2) che « il criterio per distinguere gli atti di amministrazione non deve desumersi dalla natura oggettiva dell'atto, ma della funzione che quest'atto ha in relazione al patrimonio..., perchè anche un atto d'alienazione o di obbligazione o di acquisto può essere di semplice amministrazione, se non lede il capitale e se è rivolto ai fini della gestione ».

Ora basta applicare ai singoli negozi il suddetto criterio, per convincersi subito che alcuni di essi appartengono all'una o alla altra categoria a seconda del motivo per cui vengono compiuti. Se un produttore compra mille bottiglie per mettervi dentro del vino, l'acquisto non eccede la semplice amministrazione, supposto

(1) *Gli atti di amministrazione*, in *Il Filangieri*, XXVIII (1903), pag. 425.

(2) *Op. e loco cit.*

che il prezzo possa pagarsi con le rendite, ma se lo stesso produttore compra altrettante bottiglie per rivenderle e a titolo di speculazione l'atto dovrà considerarsi come eccedente la semplice amministrazione.

Non si dica che non è tanto il motivo, quanto invece l'uso che si fa dell'oggetto acquistato a decidere dell'appartenenza del negozio all'una o all'altra categoria di atti, perchè ciò non sarebbe esatto. Supponiamo infatti che, avendo la grandine distrutto il raccolto, il produttore venda le bottiglie comprate al fine di mettervi dentro il vino. Non si può affatto sostenere che la compra da atto di amministrazione diventi atto eccedente la semplice amministrazione (1).

Anche il prendere del denaro in prestito può costituire atto di amministrazione, se si tratta di una somma modica e necessaria per i bisogni della produzione o per apportare dei miglioramenti nel patrimonio (2).

Dubbi possono invece sorgere per ciò che riguarda gli atti di donazione. Si è detto (3) che, se si tratta di piccoli doni fatti a titolo di remunerazione di servigi ricevuti (rilevante è quindi il motivo), essi non possono considerarsi atti eccedenti l'ordinaria amministrazione. Ma credo che anche per questo genere di negozi si possa seguire la tesi in parola.

In questi casi e in tanti altri che per brevità omettiamo di ricordare, il motivo può dunque unitamente ad altri elementi (l'atto non deve mai intaccare il capitale) decidere della validità o meno del negozio (4).

38. — La rilevanza del motivo è in questa materia subordinata alla enunciazione o riconoscibilità del medesimo? Non ci sembra. Non vediamo infatti la ragione per cui si debba richie-

(1) Giustamente osserva il FERRARA (*op. cit.*, p. 514) che la natura giuridica dell'atto deve guardarsi nel momento in cui questo si compie (l'osservazione è fatta però a proposito di un caso diverso dal nostro).

(2) Cfr. FERRARA, *op. cit.*, pag. 514.

(3) FERRARA, *op. cit.*, pag. 429

(4) Interessante osservare che il semplice motivo non basta sempre a decidere della natura dell'atto. Se la somma presa in prestito non può pagarsi che intaccando il capitale, l'atto eccederà l'ordinaria amministrazione qualunque sia il motivo per cui venga compiuto.

dere questo ulteriore requisito. Sarà se mai cura del terzo contraente informarsi dell'impiego degli oggetti comprati o delle somme prese a mutuo dall'amministratore, per assicurarsi della legittimità o meno dell'atto.

Più delicata è la questione se nel caso, in cui venga dichiarato un motivo falso, della validità dell'atto si debba giudicare secondo questo motivo o non piuttosto secondo il motivo vero. A noi sembra che debba prevalere quello vero, salvo la responsabilità dell'amministratore verso il terzo contraente nel caso in cui la enunciazione di un falso motivo abbia fatto credere legittimo un atto, che invece non lo era, dato il motivo per cui è stato effettivamente compiuto.

SEZIONE QUARTA

I motivi illeciti

SOMMARIO: 39. — Preliminari. 40. — Negozi con contenuto illecito e negozi con motivi illeciti. 41. — Il motivo illecito. 42. — Il negozio con motivi illeciti in diritto romano. Esposizione delle varie opinioni. 43. — Esame di alcuni frammenti e nostra conclusione. 44. — Il negozio con motivi illeciti nella letteratura e giurisprudenza tedesca. 45. — In quella francese. 46. — Ed in quella italiana. 47. — La nostra opinione. Esatta impostazione del problema. 48. — Critica delle ragioni addotte a favore della validità di qualsiasi negozio concluso per motivi illeciti. 49. — Esame della tesi dell'Eckstein. 50. — La ragione per cui non sempre il negozio con motivi illeciti può considerarsi nullo. 51. — Il principio che bisogna seguire per decidere della validità o meno del negozio concluso per motivi illeciti. 52. — Critica di alcuni criteri avanzati in dottrina. 53. — L'ipotesi in cui l'illiceità del motivo sia rimasta ignota all'altro contraente. 54. — I negozi unilaterali con motivi illeciti. 55. — Il caso della mancata attuazione dello scopo illecito. 56. — Le precedenti conclusioni al lume del nostro diritto positivo. 57. — Impossibilità di procedere ad una applicazione particolareggiata della nostra tesi.

39. — Credo che nel momento attuale la questione dell'influenza dei motivi sulla liceità del negozio sia la più importante tra quelle, a cui dà luogo l'argomento della rilevanza dei motivi nel campo del diritto.

Da qualche tempo a questa parte assistiamo infatti ad una lenta evoluzione della dottrina, che restia in un primo tempo a

condividere la tesi giurisprudenziale favorevole, specialmente in Francia, alla presa in considerazione dei motivi illeciti, sembra ora che vada mutando d'avviso, per accostarsi sempre più, anche se con molta cautela, all'opinione un tempo combattuta (1).

Di questo cambiamento d'indirizzo abbiamo d'altronde una notevole conferma nel fatto che il recente Progetto definitivo del terzo libro del codice civile sulle successioni e donazioni, agli art. 168 e 325 dichiara nulle le disposizioni testamentarie e le donazioni compiute per un motivo illecito, quando questo sia espresso ed inoltre sia il solo che abbia determinato il soggetto.

Data l'esistenza di queste norme, destinate in un tempo non lontano e con tutta probabilità a far parte della nostra legislazione positiva, lo studio dell'argomento presenta un interesse, che sin' ora non aveva mai avuto. Da qui l'opportunità di esaminarlo attentamente anche con l'ausilio della dottrina e giurisprudenza straniera.

In un primo tempo l'indagine sarà condotta indipendentemente dal riferimento a testi positivi di legge. Sarà solo in ultimo che ci preoccuperemo di stabilire attraverso l'esame della nostra legislazione se i risultati, a cui saremo pervenuti in via generale, possano accogliersi allo stato attuale del nostro ordinamento.

40. — Dei negozi conclusi in vista del compimento di una futura attività illecita od in genere dietro la spinta di turpi sentimenti a noi interessa solo una categoria, precisamente quella dei negozi con contenuto lecito. E' evidente infatti che se uno degli elementi obbiettivi del negozio (oggetto, causa, condizione, *modus*) fosse illecito, non sarebbe necessario, anzi sarebbe addirittura superfluo, stare ad indagare sull'eticità o meno dei motivi, essendo la nullità del negozio fuori discussione.

(1) Tra i nostri autori più recenti ammettono, chi esplicitamente, chi per sottinteso, la rilevanza dei motivi illeciti: MOTTA, *La causa delle obbligazioni*, Torino, 1929, pag. 136; PACCHIONI, *Dei contratti in generale*, cit., pp. 104 e segg. GANGI, *I legati nel diritto civile italiano*, cit., vol. I, pag. 143 e nota 1; VASSALLI, *Sommario delle lezioni sul negozio giuridico*, cit., pag. 50, dato che egli sostiene che la parola causa, di cui all'art. 1104 cod. civ., si debba intendere nel senso di motivo; MAROI, *In tema d'illiceità nel contratto di lavoro*, in *Temi Em.*, 1926, I, pag. 161 e segg., con molta incertezza però. Cfr. anche: LORDI, *Causa illecita e ripetizione d'indebito*, in *Foro It.*, 1924, I, 883 e 906; MALVAGNA, *Il problema della causa nei contratti*, in *Riv. di dir. civ.*, 1934 pag. 242.

Diremmo cosa non conforme al vero, se affermassimo che sia difficile stabilire quando ci si trovi di fronte ad un negozio con motivi illeciti nel senso dianzi detto. Ciononostante ci è capitato a volte di veder noverati tra i negozi con motivi illeciti alcuni negozi che non sono tali e viceversa di veder sottratti alla nostra categoria e trasportati in quella dei negozi con contenuto illecito alcuni negozi che di illecito non hanno altro che i motivi. Come esempio del primo caso mi limito a citare quello delle liberalità a favore di figli adulterini ed incestuosi, che la giurisprudenza e la dottrina francese (1) dichiarano nulle, quasi fossero affette da motivi illeciti. Ma basta per un momento riflettere sul fatto che ciò, che normalmente spinge i genitori a volere queste liberalità, è il sentimento di affetto, che ogni padre o madre ha per la propria creatura, per convincersi subito dell'erroneità di questa tesi. Ed in vero nei casi indicati la nullità del negozio, deve nel nostro ordinamento spiegarsi solo, e finché ciò è possibile, con la considerazione che le suddette persone sono dalla legge dichiarate incapaci di ricevere per atti a titolo gratuito oltre un certo limite (2). Come esempio del caso opposto cito quello dei mutui concessi da un biscazziere ad un giocatore per permettergli l'inizio o la continuazione di una partita, che qualche nostro scrittore (3) a torto configura come negozio con causa illecita, trattandosi invece, di negozi con motivi illeciti.

Ma all'infuori di questi casi e di pochi altri, in cui l'erro-

(1) Vedi tra i tanti: JOSSERAND, *op. cit.*, pag. 166 e segg.; CAPITANT, *De la cause des obligations*, *cit.*, pag. 476 e segg. Le citazioni di giurisprudenza saranno fatte in seguito. Recentemente anche la nostra Corte Suprema (7 giugno 1935, in *Foro It.*, 1935, I, 980) ha seguito questa tesi, che a noi sembra certamente erronea, come pure è erroneo voler estendere l'art. 828 cod. civ. alla disposizione fatta per motivi illeciti.

(2) Cfr. in materia: LOSANA, *Successione testamentaria*, in *Digesto Italiano*, n. 97; COVIELLO N., *Corso completo del diritto delle successioni*, Napoli, 1915, vol. II, pag. 513; e da ultimo: GUARINO, *Il motivo illecito nelle disposizioni di ultima volontà*, in *Giurisprudenza comparata di diritto civile*, vol. III (1939), pag. 11 e segg., del quale lavoro prendo visione mentre correggo le seconde bozze. Giustamente il GUARINO si richiama all'art. 173 cod. civ. per escludere che la nullità della donazione o del lascito possa a volte spiegarsi con l'incapacità a ricevere dal beneficiato. In questo caso particolare la liberalità dovrà ritenersi valida. Ma nei casi in cui non ha applicazione l'anzidetto articolo il ricorso alla incapacità conserva il suo valore.

(3) DEGNI, *Rapporti sociali in operazioni di giuoco*, in *Riv. di dir. priv.*, 1934, II, 199.

neità delle conclusioni è dovuta più che altro alla preoccupazione di trovare una giustificazione della nullità del negozio, si può dire che il solo punto di dissidio tra gli scrittori sia quello relativo all'influenza che l'illiceità dei motivi debba esercitare sulla validità del negozio.

Non voglio dire con ciò che di fronte ad una singola fattispecie non sia mai possibile il dubbio se ci si trovi di fronte ad un negozio con motivi illeciti o ad un negozio illecito oltre che nei motivi anche nel contenuto. Si tratta però di difficoltà di fatto, dovute cioè all'interpretazione della volontà delle parti. Così ad esempio se da un punto di vista teorico è netta la differenza tra l'ipotesi, in cui una persona s'impegna a dare una somma a patto che l'altra acconsenta ad allacciare una relazione sessuale (*contratto con contenuto illecito*), e l'ipotesi, in cui una persona è indotta a donare una somma nella speranza che l'altra acconsentirà ad iniziare o continuare la suddetta relazione (*contratto con contenuto lecito ma con motivi illeciti*), da un punto di vista pratico non è sempre facile stabilire se ci si trovi di fronte alla prima o alla seconda ipotesi (1).

E' evidente poi che il semplice fatto che uno dei contraenti abbia avuto conoscenza, perché informato dall'altra parte, dei motivi per cui questa è indotta ad agire, non basti a trasformare il negozio da negozio con motivi illeciti in negozio con contenuto illecito. Abbiamo visto infatti (2) che la semplice enunciazione di un motivo non è sufficiente a farlo entrare nella volontà comune delle parti. Ad analoga conclusione si dovrebbe pervenire anche quando l'illiceità dei motivi per cui uno dei contraenti agisce venga sfruttata dall'altro, per ottenere nella conclusione del negozio condizioni più vantaggiose di quelle che egli avrebbe preteso se il contratto fosse stato concluso in vista di un'attività lecita (3). Ciò, come vedremo in seguito, può avere importanza agli effetti della validità o meno del negozio, ma non già perché renda illecito il suo contenuto, bensì perché pone in cattiva luce

(1) In materia consulta: DEGNI, *Illiceità di motivi e illiceità di causa rispetto ai negozi fondati su rapporti immorali*, in *Riv. di dir. comm.*, 1911, II, pag. 433 e segg.

(2) Vedi *retro*, n. 26.

(3) Così se un biscazziere abbia preteso interessi elevati per un mutuo concesso ad un giocatore.

l'atteggiamento negoziale di chi ha tentato trarre profitto dall'illiceità altrui.

Ci troviamo invece di fronte ad un negozio con contenuto, o almeno parte del contenuto, illecito, nel caso in cui le parti si fossero impegnate ad utilizzare gli effetti del negozio concluso per il compimento di una futura attività illecita, comune ad entrambe o propria ad una sola di esse. Come ad esempio se un biscazziere o una qualsiasi altra persona concedesse un mutuo a patto che la somma venga impiegata nel gioco o nell'acquisto di una casa di tolleranza. Determinare se e fino a qual punto l'illiceità di una siffatta clausola influisca sulla liceità e validità dell'intero negozio è cosa che a noi non preme stabilire e che deve risolversi secondo i principi relativi alla illiceità parziale di un negozio giuridico (1).

È stato sostenuto da qualche scrittore (2) che trattandosi di negozi illeciti non sia possibile distinguere la causa dai motivi. Ma questa affermazione non ha alcun fondamento, perchè i criteri distintivi dei due elementi, si tratti di negozio lecito od illecito, sono sempre gli stessi: quelli che abbiamo enunciato in precedenza (cfr. n. 5).

Le difficoltà che a volte s'incontrano, allorchè si voglia determinare se in un caso concreto ci si trovi di fronte ad un negozio con soli motivi illeciti o ad un negozio illecito anche nel contenuto, son dovute non già all'impossibilità di distinguere la causa dai motivi, ma al fatto che non sempre dalle espressioni usate dalle parti e dalle circostanze del caso riesce agevole stabilire se il motivo è, come con una frase inesatta ma molto significativa si suol dire, entrato a far parte, sotto forma di condizione o di clausola accessoria, dell'accordo intervenuto tra i contraenti o n'è rimasto estraneo.

(1) Sulla illiceità parziale v. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914, pag. 295.

(2) Motta, *op. cit.*, pag. 257 e segg. Vedi anche BRUGI, *Il debito di giuoco*, in *Riv. di dir. comm.*, 1926, II, pag. 149, il quale scrive: « Non nascondo però che vi sono pure altri casi, nei quali proprio in materia di causa illecita sparisce la linea di confine tra causa e motivo psicologico. »

41. — Non è facile determinare *a priori* quando un motivo sia illecito. Si tratta infatti di un'indagine di fatto, devoluta esclusivamente al giudice e da risolversi di volta in volta.

Come per la causa e per il contenuto del negozio, qualche autore distingue i motivi in motivi contrari alla legge, all'ordine pubblico, al buon costume (1). Credo però che la distinzione, riferita al nostro elemento, sia quasi inutile e comunque difficile a chiarirsi. Ad ogni modo osserviamo che nei casi, in cui la conclusione del negozio sia voluta in vista del compimento di una futura attività e per procurarsi precisamente i mezzi indispensabili alla sua realizzazione, il motivo si potrebbe considerare contrario alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume, a secondo che questa ulteriore attività sia contraria alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume. Così ad esempio si potrebbe dire che agisca per un motivo contrario alla legge colui, il quale prenda del denaro a mutuo allo scopo di organizzare con la somma una rivolta contro lo Stato od esercitare il contrabbando, per un motivo contrario ai buoni costumi chi intenda utilizzare la somma nell'acquisto di una casa di tolleranza o per mantenere una relazione amorosa.

Come vedremo in seguito, agli effetti della validità del negozio è tutt'altro che irrilevante il fatto che un determinato contratto sia concluso per un motivo puramente immorale o addirittura delittuoso. Quanto più pravo e riprovevole è il motivo tanto più sfavorevole si deve giudicare l'atteggiamento delle parti e di conseguenza l'accordo tra di esse intervenuto. Ciò non vuol dire però che si debbano dichiarare validi i negozi conclusi per motivi immorali e nulli quelli conclusi per motivi contrari alla legge. Vedremo infatti che in questa materia la considerazione del diverso grado di pravit  del motivo agisce soltanto mediatamente dovendosi il giudizio sulla validit  o meno del negozio basare direttamente sul comportamento negoziale delle parti. Ma ci  sar  reso chiaro in seguito. Per ora mi basta aver osservato che la tripartizione dei motivi dianzi accennata non ha alcuna decisiva importanza nella soluzione del nostro problema.

(1) DEGNI, *Successione testamentaria*, vol. II, pag. 14. L'art. 421 del progetto preliminare del libro terzo del codice civile stabiliva: « Se il motivo della donazione sia *contrario alla legge od al buon costume*, la donazione   nulla, purch  sia manifesto e sia il solo che abbia determinato il donante alla liberalit  ». Nel progetto definitivo (art. 325) si parla ora di motivo *illecito*.

42. — Prima di esporre la nostra tesi sull'influenza che la illiceità dei motivi può esercitare sulla validità del negozio, riteniamo opportuno dare uno sguardo alle opinioni manifestate dagli altri in proposito.

Benchè nelle fonti del diritto romano non si rinvenivano che pochissimi frammenti utilizzabili per la soluzione del nostro quesito, pur tuttavia di esso si occupano già, a prescindere dagli scrittori di diritto comune, i pandettisti tedeschi del secolo scorso. Tra di essi meritano di esser menzionati il WINDSCHEID od il DERNBURG, non solo per la loro autorità, ma anche perchè seguaci di una tesi generalmente respinta dagli autori a loro contemporanei o successivi.

Il WINDSCHEID (1) si limita ad affermare che un contratto *può* (non *deve*) esser dichiarato immorale a causa della biasimevolezza dell'intento che da esso traluce.

Più esplicito è il DERNBURG (2): « Nella quistione dell'immoralità di un negozio deve aversi necessariamente riguardo ai motivi determinati ed evidenti di esso, perchè sono appunto questi che decidono a preferenza dell'onestà od immoralità del negozio ». Questo insegnamento è però mitigato con la seguente aggiunta: « Ciò non deve spingersi sino all'esagerazione, altrimenti si porrebbe in pericolo la fede nei contratti e la sicurezza del diritto. Non vanno perciò di regola considerati gli scopi più lontani, semplicemente possibili e transeunti... Così ad esempio il venditore non può impugnare la vendita dei mobili per il fatto che il compratore si è determinato ad ammobiliare l'abitazione della sua druda ».

Ma, come dicevo, l'opinione dei due illustri autori ha trovato più avversari che seguaci. Contro di essa si sono specialmente pronunziati il RAVIT (3) ed il LOTMAR (4), mentre l'HÖLDER (5),

(1) *Diritto delle pandette*, cit., § 314, 3, vol. II, pag. 218.

(2) *Pandette*, trad. it., vol. II, Torino, 1903, pag. 63, nota 18.

(3) *Ueber unsittliche Bedingungen und Verträge*, in *Archiv für civ. Praxis*, Bd. 58 (1875), pag. 65.

(4) *Der unmoralische Vertrag (insbesondere nach gemeinem Recht)*, Leipzig, 1896, pagg. 66, 76 e segg., 141 nota 105, e *passim*.

(5) *Zum allgemeinen Theil des Entwurfes eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches*, in *Archiv für civ. Praxis*, Bd. 73 (1888) pag. 102; *Der allgemeine Theil des deutschen Civilgesetzentwurfes in zweiter Lesung*, in *Archiv für civ. Praxis*, Bd. 80 (1893), pag. 42.

dichiarandosi favorevole al principio dell'irrilevanza dei motivi illeciti, veniva, pur senza citarla, ad oppugnarla.

Le obiezioni, che in sede di diritto romano il RAVIT muove al WINDSCHEID sono veramente fondate, anche se alcune di esse colpiscono più l'avversario che la tesi da lui difesa. Così ad esempio quelle relative ai testi addotti dall'illustre pandettista a sostegno della sua opinione, testi (1), che in verità sono estranei all'argomento, perchè riguardanti negozi con contenuto illecito. L'obiezione più grave del RAVIT (2) è che nelle fonti giuridiche romane si parla di un'invalidità del contratto soltanto per l'immoralità del contratto stesso o della causa su cui esso si fonda, mentre non si trova alcuna traccia di una presa in considerazione dei motivi e degli scopi immorali esistenti nel momento della conclusione del negozio.

Un argomento analogo svolge il LOTMAR nel suo noto lavoro. Quest'autore non nega che il contenuto di un negozio, in se e per se moralmente inoppugnabile, possa diventare immorale in considerazione dello scopo che si vuol conseguire con il contratto (3). Ricorda anzi che « *zu den Verträgen, die durch ihren moralwidrigen Zweck zu unmoralischen werden, gehören die Veräusserungen in fraudem der Gläubiger und des Patrons* »... (4) e che « *inhaltlich unmoralisch könnte ein Darlehen ferner sein nach seinem Zweck* » (5); ma malgrado tutto ciò esclude che l'immoralità dello scopo o dei motivi possa produrre la nullità del contratto.

Qualcuno potrebbe scorgere in questa conclusione una contraddizione, dato che l'autore riconosce in un primo tempo che lo scopo possa rendere immorale il negozio. La contraddizione però non sussiste, perchè il LOTMAR, sulla base delle fonti, sostiene che non ogni contratto immorale è colpito dalla sanzione di nullità, ma soltanto quelli, che si presentano sotto una di queste tre forme: a) contratti, in cui si è promesso un fare, un tollerare, un non fare, che in se e per se è immorale (6); b) contratti, il cui

(1) Fr. 7, § 3 D. 2, 14: *Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione*; Fr. 2, § 2 D. 28, 6 e Cost. 30 Cod. 2, 3 relativi a patti su un'eredità di persona vivente.

(2) *Op. cit.*, pag. 66.

(3) *Op. cit.*, pag. 29.

(4) *Ivi*.

(5) *Op. cit.* pag. 31.

(6) *Op. cit.* pag. 68.

oggetto è rappresentato da un'azione od omissione, che in sè e per sè non è immorale, ma che per ragioni di moralità non può essere assunta e garantita contrattualmente e che non può quindi cadere sotto la coazione giuridica (1); c) contratti, in cui una prestazione economica è posta in rapporto di causalità con una azione od omissione, che non può per ragioni di moralità esser posta in tale rapporto con il danaro od altro valore pecuniario (2). Tutti gli altri contratti in urto con la morale, non appartenenti a nessuna di queste tre ampie categorie, sarebbero, secondo i principi del diritto accertati dal LOTMAR, da considerarsi validi. Ecco perchè l'autore non incorre in alcuna contraddizione ritenendo che i motivi possano rendere immorale un negozio ammettendone tuttavia la validità.

In applicazione a questi principi il LOTMAR (3) esclude che si possa considerare nullo il contratto, con cui un marito aliena la sua casa coll'intenzione nota all'altra parte di procurarsi il danaro per emigrare lasciando senza mezzi la moglie ed i figli, oppure il mutuo stipulato da chi intende impiegare la somma nel corrompere, mediante compenso pecuniario, un giornalista (4). A proposito del mutuo l'autore (5) si dichiara d'accordo con il RAVIT (6) sul punto che « la conoscenza che il mutuante ha dell'illiceità degli scopi che l'altro contraente vuol raggiungere è irrilevante agli effetti della validità del negozio ».

Ma a questa regola apporta un'eccezione, suggeritagli dall'esame del fr. 7, D. 48.9 in cui Ulpiano dice: « *Si sciente creditore ad scelus committendum pecunia sit subministrata, ut puta si ad veneni nali comparationem vel etiam ut latronibus adgressoribusque daretur, qui patrem interficerent, parricidii poena tenebitur, qui quaesierit pecuniam quique eorum ita crediderint aut a quo ita caverint* ». Dovendosi per necessità di cose ammettere, come riconosce lo stesso LOTMAR, la nullità di un siffatto mutuo, l'autore limita l'affermazione precedente coll'osservare che la conoscenza da parte del mutuante dell'illiceità dello scopo, che

(1) *Op. cit.* pag. 71.

(2) *Op. cit.* pag. 73.

(3) *Op. cit.*, pag. 77.

(4) *Op. cit.*, pag. 66.

(5) *Op. cit.*, pag. 141, nota 105.

(6) *Op. cit.*, pag. 67.

l'altro contraente si propone di raggiungere, produce la nullità del negozio ogni qualvolta il mutuo, a causa di questo scopo costituisce un reato (1).

Come si vede dunque il principio dell'irrilevanza dei motivi illeciti non è per lo stesso LOTMAR un principio assoluto (2).

43. — Cerchiamo ora di vedere sino a che punto la tesi dei RAVIT e del LOTMAR trovi conferma nelle fonti giuridiche romane. I passi, a cui di solito ci si richiama a questo proposito sono i seguenti: fr. 3 § 6 D. 15, 3; fr. 8 D. 41, 4; fr. 5, D. 39, 5; fr. 12 § 11 D. 17, 1; fr. 2 § 1 D. 44, 5.

Il primo di questi testi è citato dal LOTMAR (3), come favorevole alla sua opinione, perchè in esso si presupporrebbe la validità del mutuo concesso per scopi turpi. Ma ciò non risulta affatto dalla lettura del passo; infatti è arbitrario presupporre che il servo nel momento della conclusione del mutuo avesse l'intenzione di impiegare la somma in spese turpi e tanto meno che il mutuante fosse a conoscenza dei motivi, da cui l'altra parte era indotta a concludere il negozio (4). Nè vale obbiettare (5) che tutto

(1) *Op. cit.*, pag. 141, nota 105. Qualcuno potrebbe osservare contro il LOTMAR che il mutuo supposto nel frammento dianzi citato non rientra in nessuna delle tre categorie indicate dall'autore e che pertanto questi dovrebbe o riconoscere l'incompletezza di queste categorie o dichiarare valido il mutuo. L'obiezione sarebbe però infondata, perchè, come osserva lo stesso autore (pag. 141), in questo caso ci troviamo di fronte ad un negozio contrario ad una norma di legge e non già ad una norma morale. Ora le categorie fissate dall'autore non riguardano tutti i negozi illeciti, ma soltanto quelli *immorali*. L'eccezione ammessa dal LOTMAR non costituisce un'eccezione al principio che l'immoralità dei motivi, anche quando renda immorale il negozio, non ne provoca la nullità, ma un'eccezione al principio che la conoscenza da parte del mutuante dell'illiceità degli scopi da cui è animato il mutuatario è irrilevante agli effetti della validità del negozio. In altri termini le due proposizioni del LOTMAR possono così conciliarsi: l'immoralità dei motivi di un mutuo è irrilevante se rende il negozio soltanto immorale, rilevante se lo fa assurgere alla figura del reato, in modo da renderlo contrario alla legge.

(2) Assoluto per l'autore è invece il principio che un negozio contrario alla morale sol perchè concluso per motivi *immorali*, non può essere dichiarato nullo dal diritto.

(3) *Op. cit.* pag. 142 nota 105.

(4) Cfr.: KOHLER, *Die Ideale im Recht*, in *Archiv für bürgerl. Recht*, vol. V (1891), pag. 204.

(5) LOTMAR, *op. e loc. cit.*

ciò non è escluso dal testo, perchè data la natura della questione risolta dal giurista, estranea a quella relativa alla validità e liceità del mutuo, egli non aveva alcuna ragione per entrare in minuti particolari su questo punto e distinguere il caso, in cui l'intenzione turpe fosse esistente e conosciuta al momento del negozio, da quello, in cui fosse o soppravvenuta successivamente o comunque rimasta ignota al mutuante. Non mi sembra quindi corretto ipotizzare da questo passo sulla validità o meno del mutuo concesso a chi si sa animato da scopi moralmente riprovevoli.

Lo stesso dicasi per il frammento successivo. Benchè a prima vista questo possa sembrare nettamente contrario alla tesi del LOTMAR, credo tuttavia che si debba convenire con lui (1), nel ritenere che l'ultima parte « *lässt aber nicht erkennen dass jemand den Kauf um seiner erwänten oekonomischen oder moralischen Umstände willen für obligationenrechtlich ungültig angesehen habe* ». Inutile però aggiungere che, se nessun argomento si può trarre da questo testo a favore dell'illiceità della vendita, nessun indizio può ricavarsi della sua validità.

Veniano ora al terzo frammento, su cui i fautori dell'irrilevanza dei motivi fanno tanto assegnamento. Che in tale passo si contempli il caso di un negozio concluso per motivi immorali può anche ammettersi sia per la qualità della persona beneficiata sia per l'aggettivo *inhonestae* riferito alle donazioni. Ma che in esso si contenga la prova che l'immoralità dei motivi non fosse ritenuta dai giuristi romani, *in nessun caso*, causa d'invalidità del negozio, non si può certo concedere. Dalle parole di ULPIANO risulta saltanto che i giuristi romani ritenevano valide e quindi non contrarie ai *bonos mores*, anche se le giudicavano *inhonestae*, le liberalità a favore di meretrici. Ma chi ci dice che a questa conclusione loro pervenissero in applicazione ad un presunto principio di diritto, che escludeva *in ogni caso* l'influenza dei motivi immorali sulla validità del negozio?

Il nostro frammento ci dà la certezza che l'immoralità dei motivi non rende *sempre* nullo il negozio, dato che in esso viene presupposta la validità delle donazioni a favore di meretrici, ma non ci dà la certezza che l'illiceità dei motivi non produce *mai* la nullità del negozio. Naturalmente per coloro, i quali credono che il problema della rilevanza dei motivi illeciti ammetta soltanto due

(1) *Op. cit.*, pag. 146 nota 115.

soluzioni, cioè a dire: a) l'illiceità dei motivi è sempre causa di nullità; b) l'illiceità dei motivi non è mai causa di nullità; il fatto che, sia pure in un solo caso, venga dichiarata la validità di un negozio concluso per motivi illeciti costituisce la prova più evidente dell'esattezza della seconda tesi. Ma la verità è che oltre a queste due soluzioni estreme è possibile pensare ad una terza intermedia (vedremo in seguito quale essa sia), che, senza peccare d'incoerenza, riconosca la validità di alcuni (la maggior parte) negozi conclusi per motivi illeciti, pur negando la validità di altri.

Della possibilità di questa soluzione intermedia e dell'esattezza delle precedenti considerazioni testimonia l'ultimo dei frammenti citati, in cui il diniego dell'azione di garanzia contro colui che ha comprato una cosa pur sapendo che la somma sarebbe stata impiegata nel gioco, non può spiegarsi che con l'illiceità del negozio, illiceità dovuta naturalmente alla considerazione dei motivi (1).

Da ultimo ci rimane a considerare il fr. 12 § 11 D. 17 1, in cui viene incidentalmente ricordata la nullità del mutuo scientemente fatto a chi sarà per dissipare la somma. Ma questo passo non è contrario alla tesi del LOTMAR, perchè, come rileva lo stesso autore (2), la validità del mutuo non è negata in considerazione dello scopo immorale per cui la somma deve essere impiegata, che d'altronde non viene esplicitamente menzionato nel testo, ma dietro il rilievo che colui il quale concede un prestito ad un *perdituro* è considerato come se abbia voluto trasferire la somma a fondo perduto (3).

Come si vede dunque non tutti i passi dianzi riportati sono utilizzabili per la soluzione del nostro quesito. D'altra parte dei frammenti (5 D. 39, 5; 2, 1 D. 44, 5), in cui si prospettano dei casi di negozi con motivi illeciti, uno soltanto è favorevole alla tesi, secondo la quale l'immoralità dei motivi non avrebbe nessuna

(1) Ciò riconosce lo stesso LOTMAR (*op. cit.*, pag. 116 nota 18) sia pure con qualche titubanza.

(2) LOTMAR, *op. cit.*, pag. 142 nota 105, dove vengono citati alcuni testi di diritto romano a chiarimento dell'espressione *perdituro*. V.: 11, 6 D. 4, 4; 24, 4 D. 4, 4; 10, 6 D. 15, 3; 15 D. 33, 1; 22, 1 D. 24, 3; 73, 1 D. 23, 3; 32, 3 D. 26, 7.

(3) Diversamente il KOHLER, *op. cit.*, in *Archiv für bürgerl. Recht*, V Bd., pag. 200, il quale riporta la nullità all'immoralità dello scopo.

influenza sulla validità del negozio, mentre l'altro contiene un principio diametralmente opposto. Ed allora bisogna ammettere che la conclusione, a cui per diritto romano pervengono il RAVIT ed il LOTMAR, non trova nelle fonti una esplicita conferma. Non nascondo anzi che dalla lettura dei testi sembrerebbe più vicina al vero la tesi del WINDSCHEID e del DERNBURG che quella dei due precedenti scrittori. Mi sembra più corretto comunque concludere che il diritto romano non ci offre elementi sufficientemente sicuri per la soluzione del nostro problema.

44. — Diamo ora uno sguardo alla letteratura tedesca posteriore alla codificazione.

Son note le vicende attraverso cui si è pervenuti alla redazione dell'attuale § 138 BGB. Il § 106 del Primo Progetto era così concepito: « *Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstösst, nichtig ist* ». Che con questa norma si avesse l'intenzione di escludere l'influenza dell'elemento subbiettivo sulla validità del negozio, risulta non solo dal fatto che si dichiarava nullo solo il negozio avente un *contenuto* contrario ai buoni costumi o all'ordine pubblico, ma dalle stesse parole, con cui i compilatori della disposizione, venivano a chiarirla nei *Motive*. Si legge infatti in essi (1): *Die Grenze ist dahin zu ziehen, dass der Inhalt eines Rechtsgeschäftes unmittelbar, in objektiver Hinsicht und unter Ausscheidung der subjektiven Seite, die guten Sitten verletzt* ». La seconda Commissione però non fu affatto convinta della bontà di questa soluzione, benchè essa fosse stata approvata da qualche autore (2); ritenne opportuno quindi sopprimere la limitazione che il primo progetto, col subordinare la nullità del negozio all'immoralità del contenuto, veniva a porre all'indagine del giudice, giustificando il cambiamento di redazione (il § 106 fu così modificato: « *Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.* ») col rilievo che se ai motivi delle parti non poteva annettersi un'importanza tale da sottoporre le azioni delle parti ad un controllo morale spinto all'estremo, pur tuttavia bisognava riconoscere che sovente soltanto colla presa in considerazione dell'elemento sub-

(1) *Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Berlin und Leipzig, 1888, Bd. I, pag. 211.

(2) Cfr.: HÖLDER, *op. cit.*, in *Archiv für civ. Praxis*, 73 Bd. (1888), pag. 102.

biettivo si sarebbe potuto mettere nella giusta luce il contenuto del negozio (1) (2).

Con ciò però non si voleva naturalmente affermare che bastasse la esistenza di un motivo immorale per rendere sempre nullo il negozio. Ed in vero una simile affermazione avrebbe portato a delle conseguenze praticamente assurde. Il cambiamento di redazione aveva soltanto lo scopo di non escludere del tutto la presa in considerazione dell'elemento subiettivo.

Vediamo però in che modo la dottrina e la giurisprudenza tedesca hanno interpretato, nel punto che ci riguarda, il § 138 BGB.

Tra i primi in ordine di tempo e di importanza merita di essere segnalato il LOTMAR. Quest'autore, pur ammettendo che la formulazione del suddetto paragrafo abbia un'ampiezza tale da potersi considerare come contrario ai buoni costumi e quindi esser dichiarato nullo ogni mutuo concluso per ragioni immorali, ogni locazione di case da adibirsi a scopi turpi, ogni compra di armi fatta per fini delittuosi, anche se l'intenzione, l'impiego, lo scopo immorale siano rimasti ignoti all'altro contraente, si dichiara tuttavia fedele, anche nel nuovo ordinamento, ai principi del diritto romano, che abbiamo dianzi esposti (3).

Nè è solo a negare che l'immoralità dei motivi possa esser presa in considerazione dal diritto. Della stessa opinione sono infatti molti scrittori, tra cui ci basti ricordare il RIEZLER (4), l'HÖLDER (5), l'OERTMANN (6), il CROME (7), il VON TUHR (8), l'ECKSTEIN (9).

(1) Vedi: *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Berlin, 1897, Band I, pag. 123.

(2) La soppressione della parola « Inhalt » era stata consigliata appunto dallo ZITELMANN, *Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reichs*, Berlin, 1890, II Theil, pag. 61, per dare al giudice una maggior libertà nella valutazione del negozio.

(3) LOTMAR, *op. cit.*, pag. 79.

(4) In STAUDINGER'S *Kommentar cit.*, I Band. sub § 138, 1, 4, c, pag. 532.

(5) *Op. cit.*, in *Archiv für civ. Praxis*, Band 80 (1893), pag. 42 e successivamente: *Das gegen die guten Sitten verstößende Rechtsgeschäft*, in *Deutsche Juristen Zeitung*, 1908, pag. 46 e segg.

(6) *Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Berlin, 1927, sub § 138, 1, B, c, 3, pag. 489 e segg.

(7) *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Tübingen und Leipzig, 1900, I Bd. pag. 374, nota 6.

(8) *Op. cit.*, Bd. II, 2, pag. 28 e segg.

(9) *Studien zur Lehre von den unsittlichen Handlungen, Rechtshandlungen*

Meno rigorosa è la tesi di qualche altro scrittore. Secondo l'ENNECCERUS (1), il motivo e lo scopo non possono per sè soli rendere contrario ai buoni costumi il negozio salvo che non influiscano sul suo contenuto in modo che « *aus Inhalt, Motiv, Zweck und den zur Zeit des Geschäftsabschlusses vorliegenden Umständen sich ein unsittlichen Gesamtcharakter des Geschäfts ergibt* ». Una tesi analoga è sostenuta nel Commentario del PLANCK, in cui appunto si legge (2): « I motivi da soli, anche se sono immorali, non rendono nullo il negozio. Le circostanze obbiettive, sotto cui il negozio è concluso, ed in particolar modo il suo stesso contenuto debbono essere tali da contenere in unione con i motivi una violazione contro i buoni costumi ». In tal modo si viene ad ammettere che i motivi possano unitamente ad altri elementi decidere della moralità o meno del negozio.

Un passo più avanti verso la teoria subbiettiva è stato fatto dal DERNBURG (3) il quale amette che nel giudicare della onestà o meno di un negozio si debba tener conto dei motivi determinati e palesi delle parti perchè a volte sono essi che decidono della sorte dell'atto. Ma, per quel ch'io sappia, questa tesi, la quale si può considerare come la più spinta tra quelle favorevoli alla rilevanza dei motivi, avanzate sotto la codificazione, non ha trovato molto seguito in dottrina (4).

Possiamo quindi affermare che la dottrina dominante propenda più per la tesi obbiettiva, anche se qualche volta leggermente attenuata, che per quella subbiettiva.

La giurisprudenza invece, pur non giungendo all'assurdo di dichiarare nullo ogni negozio concluso per motivi immorali, mostra tuttavia di dare una grande importanza all'elemento subbiettivo. Così, tanto per citare alcuni casi, è stata dichiarata nulla

und Rechtsgeschäfte, insbesondere Verträgen, in *Archiv für bürgerl. Recht*, vol. 41 (1915), pag. 178 e segg.

(1) *Allgemeiner Teil*, 12^a ed., Marburg, 1919, § 178, II, 1, pag. 484.

(2) PLANCK' s *Kommentar*, cit., I Band, sub § 138, 1, 2, pag. 362.

(3) *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens*, 3^a ed., Halle, Band I, pag. 424.

(4) Favorevoli ad una più accentuata presa in considerazione dell'elemento subbiettivo sono tuttavia: GOLDMANN-LILIENTHAL, *Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt*, 2^a ed., Band I, pag. 178, Anm. 19, cit. in OERTMANN, *op. e loco cit.*; STEINBACH, *Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und des Rechtsausübung*, Wien, 1898, pag. 8 e segg.

una donazione fatta alla concubina da una persona ammogliata, tenuto conto dei motivi per cui era stata fatta e dalla circostanza che in seguito alla liberalità la moglie del donante era rimasta in condizioni finanziarie disagiati (1); si è ammesso che una disdetta possa esser dichiarata contraria ai buoni costumi in vista dei motivi per cui è stata data (2); si è negata la validità di un mutuo concesso ad una casa di giuoco al fine di permetterle l'abbellimento e l'ampiamiento dei locali (3; nulla è stata dichiarata la cessione di una *Grundschild* a garanzia di alcuni crediti derivanti da mutui e da contratti di vendita (nel caso bevande alcoliche) con il tenentario di un postribolo (4); contrario ai buoni costumi è stato dichiarato un mutuo concesso da una persona alla sua amante al fine di permetterle l'acquisto di una casa destinata a diventare oltre che sua abitazione anche una nascosta sede dei convegni amorosi (5); è stato infine esplicitamente riconosciuto che possa a volte esser dichiarato contrario ai buoni costumi il mutuo concesso a chi intende impiegare la somma nel giuoco (6). Un caso interessante e che può dare un'idea dell'importanza che la ricerca dell'elemento subbietivo ha per la giurisprudenza tedesca all'interpretazione ed applicazione del § 138 è il seguente. Un tale aveva comprato uno stabile che era in locazione ad un suo avversario e che si trovava adibito ad albergo; l'acquisto era stato fatto principalmente al fine di far sloggiare dallo stabile il locatario e mandare in rovina la sua industria. L'albergatore però, edotto

(1) *Reichsgericht*, 25 luglio 1925, in *Annuario di diritto comparato*, vol. II e III (1929), pag. 818.

(2) *Reichsarbeitsgericht*, 24 aprile 1929 in *Annuario di diritto comparato*, vol. VIII. e p. III (1933), pag. 523. In questo argomento vedi il lavoro di BÉCH, *Die wegen Verstosses gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten nichtige Kündigung*, Weimar, 1937 (37 Heft degli *Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig*), dove si troveranno ampie citazioni di dottrina e soprattutto giurisprudenza.

(3) *Reichsgericht*, 12 maggio 1921, in *Seuffert's Archiv*, 76 Band (1921), pag. 237, n. 204.

(4) *Orberlandesgericht* di Dresda, 10 gen. 1919, in *Seuffert's Archiv*, Bd. 74 (1919) pag. 353, N. 200.

(5) *Reichsgericht*, 1931, in *Seuffert's Archiv*, Bd. 85 (1931), pag. 292, N. 154. Per una dimenticanza accidentale in questa rivista non è indicata la data precisa del giudicato.

(6) *Reichsgericht*, 1 lug. 1920, in *Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts*, vol. 65 (1921), pag. 66.

della cosa, persuase l'alienante a vendergli lo stabile, in modo che iscritto l'acquisto nel libro fondiario prima dell'altro, riuscì a diventare proprietario definitivo dell'edificio. Il primo acquirente impugnò l'alienazione come contraria ai buoni costumi, in quanto fatta a persona che già sapeva della precedente alienazione. Ma il Tribunale dell'Impero (1) ritenne valido il contratto dietro il rilievo che « dipende dalle circostanze e specialmente dai motivi del contratto se agisce contro i buoni costumi chi acquista uno stabile, pur conoscendo l'esistenza di un contratto obbligatorio di vendita a favore di un terzo » venendo in tal modo a riconoscere ai motivi un valore decisivo nella soluzione del quesito, anche se la loro considerazione nel caso concreto doveva portare alla validità del negozio.

D'altronde che l'elemento subbiettivo sia sempre preso in considerazione dai tribunali tedeschi risulta, più che dai casi dianzi esposti, dalla formula usuale con cui spesso (2) si stabilisce se un negozio sia o no nullo e che precisamente è così concepita: « nach seinen aus der Zusammenfassung von Inhalt, Motiv und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter, nach den objektiven und subjektiven Momenten gegen die guten Sitten verstösst ». Come si vede dunque non solo il contenuto ed in genere l'elemento obbiettivo, ma anche i motivi, le circostanze del caso, lo scopo vengono presi in considerazione nella valutazione del negozio.

Ma, come già dicevamo, questa presa in considerazione dei motivi non si spinge sino al punto di dichiarare nullo ogni negozio concluso per motivi immorali. Non mancano quindi sentenze, anzi ve ne sono molte (3), le quali, pur ammettendo che il § 138 autorizzi la presa in considerazione dell'elemento subbiettivo,

(1) *Reichsgericht*, 21 febbraio 1925, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, vol. I (1927), pag. 698.

(2) Cfr. ad esempio i seguenti giudicati del *Reichsgericht* 15 dic. 1903, in *Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen*, Bd. 56, pag. 231; 29 mag. 1906, *Ibidem*, Bd. 63, pag. 350; 5 feb. 1908, *Ibidem*, Bd. 68, pag. 98; 19 dic. 1910, *Ibidem*, Bd. 75, pag. 74; 12 gen. 1911, *Ibidem*, Bd. 75, pag. 123; 24 sett. 1913, *Ibidem*, Bd. 83, pag. 112; 2 apr. 1906, in *Seuffert's Archiv*, Bd. 61 (1906) pag. 437; senza data ma del 1931, in *Seuffert's Archiv*, Bd. 85, (1931), pag. 292.

(3) Cfr.: *Reichsgericht*, 2 apr. 1906, in *Seuffert's Archiv*, Bd. 61 (1906), pag. 436 e segg. in cui è detto da una parte che « diese Gesetzesvorschrift (§ 138 BGB.) will nicht bloss diejenigen Rechtsgeschäfte treffen, welche durch ihren objektiven Inhalt gegen die guten Sitten verstössen, sondern auch einer Berücksucht-

tuttavia escludano nel caso concreto che l'immoralità dei motivi renda nullo il negozio. Ed in ciò, come si comprenderà meglio in seguito, non vi è alcuna contraddizione.

45. — Per ciò che riguarda il diritto francese, crediamo opportuno far conoscere per prima la corrente giurisprudenziale, che ha tanto influito sulle opinioni degli autori.

Si suol dire (1) che i tribunali francesi hanno proceduto, in materia di negozi illeciti ad un allargamento della concezione tradizionale della *causa*. Il rilievo è felice, soprattutto perchè caratterizza il procedimento, attraverso il quale è stato possibile alla giurisprudenza francese colpire di nullità dei negozi con causa e contenuto leciti, ma conclusi per motivi moralmente riprovevoli. Infatti a differenza di ciò che si nota nella giurisprudenza tedesca, che ha avuto il merito ed il coraggio di ammettere apertamente che la nullità del negozio può a volte dipendere anche dall'immoralità dei motivi, quella francese non ha mai osato affermare con tutta chiarezza questa verità. Ha preferito invece storpiare la nozione di causa, in modo da far rientrare in essa anche i motivi individuali, ma è rimasta, almeno apparentemente, ferma sul principio che soltanto l'illiceità della causa rende nullo il negozio. In altri termini ha reso giuridicamente rilevanti i *motivi*, nascondendo la loro vera natura con il nome di *causa*.

Questo storpiamento, che con benevolo eufemismo è stato chiamato allargamento della nozione di causa, non può certo riscuotere la nostra approvazione. Ma in questo momento non dobbiamo giudicare della bontà o meno dei mezzi, a cui sono ricorsi i tribunali francesi, per negare protezione ai negozi conclusi per motivi illeciti, ma soltanto esporre le conclusioni, guardate nel loro lato sostanziale, a cui essi son pervenuti nel nostro argomento. Riferire queste conclusioni non è però, in certi casi,

gung der subjektiven Seite des Geschäfts Raum gewähren », dall'altra che « Immehrin ist auch für das geltende Recht zu beachten dass die Motiven allein auch wenn sie unsittlichen Art sind, das Rechtsgeschäft noch nicht ungültig machen, dass es zugleich auch auf die objektiven Umstände mit ankommt ». Vedi anche: *Reichsgericht* 11 gen. 1923, in *Gruchot's Beiträge*, vol. 67 (1925), pag. 546 ed i giudicati citati nel contesto stesso della sentenza.

(1) Vedi: JOSSERAND, *Les mobiles...*, cit., pag. 162; DUBREUIL, *Les mobiles dans les contracts*, Thèse Lyon, 1909, pag. 91 e segg.

impresa molto facile, perchè a cagione della suddetta confusione tra causa e motivi, non riesce sempre agevole a chi legge i giudicati stabilire con tutta precisione se il negozio è stato dichiarato nullo, perchè configurato dal tribunale, in linea di fatto, come negozio avente effettivamente una causa o contenuto illecito, o perchè si è voluto mettere in pratica il principio dell'allargamento della nozione di causa.

Basta consultare la giurisprudenza in materia di liberalità a favore di concubine, per convincersi subito dell'esattezza ai quanto affermiamo.

Essa può compendiarsi nelle seguenti massime:

a) Il solo fatto che tra la persona beneficata ed il donante o testatore sussistano o siano intercorsi rapporti sessuali, anche se adulterini, non è sufficiente ad invalidare la liberalità (1).

b) Sono valide pertanto le attribuzioni patrimoniali, che uno dei concubini fa all'altra, per risarcirla dei danni provocatile o per darle i mezzi necessari all'allevamento ed educazione della prole nata in conseguenza della relazione (2).

Queste attribuzioni sono ritenute valide non solo nel caso, in cui, date le circostanze e la condotta delle parti, sussista a carico del disponente un obbligo civile o morale di riparare i danni, ma anche quando siano l'effetto di una vera e propria liberalità.

c) Sono ancora valide le promesse di somme fatte per troncare la relazione o per evitare eventuali scandali (3).

A torto a queste promesse (il rilievo è nostro) si dà il nome di liberalità, trattandosi di prestazioni fatte in ottemperanza di

(1) Seguendo il metodo di citazione comune tra gli autori francesi, mi servirò delle due lettere iniziali *D. P.* e *D. H.* per indicare rispettivamente il *DALLOZ, Recueil periodique de jurisprudence...*, e *DALLOZ, Recueil hebdomadaire de jurisprudence...*

La massima citata è pacifica in giurisprudenza. V.: Req. 26 marzo 1860, *D. P.*, 1860, 1, 255; Req. 2 luglio 1866, *D. P.*, 1866, 1, 377; Toulouse, 25 giu. 1900, *D. P.*, 1901, 2, 313; Req. 4 marzo 1914, *D. P.*, 1916, 1, 27; Paris, 5 mag. 1925, *D. H.*, 1925, 474; Paris, 8 lug. 1926, *D. H.*, 1926, 488; Req., 8 giu. 1926, *D. P.*, 1927, 1, 113 con una interessante nota di R. SAVATIER; Paris, 16 nov. 1927, *D. H.*, 1928, 57; Colmar, 18 ott. 1929, *D. P.*, 1931, 2, 94; Paris, 10 dic. 1934, *D. P.*, 1935, 2, 1; Paris, 2 gen. 1934, *D. H.*, 1934, 169.

(2) Req. 8 giu. 1926, *D. P.*, 1927, 1, 113; Paris, 23 lug. 1914 e Lyon, 30 mar. 1916, *D. P.*, 1918, 2, 51; Alger, 23 dic. 1895, *D. P.*, 1897, 2, 453.

(3) Paris, 23 luglio 1914 e Lyon 30 marzo 1916 *D. P.*, 1918, 2, 51.

un contratto bilaterale, che si ritiene generalmente valido, ma sulla cui validità si potrebbe in certi casi fortemente dubitare.

d) Sono nulle invece le liberalità aventi per causa la remunerazione, l'inizio, la continuazione di relazioni immorali tra le parti.

Di tutte queste massime, quella che ai nostri fini interessa particolarmente esaminare è l'ultima, la quale, benchè apparentemente chiara, ha dato sempre luogo a numerose difficoltà per le ragioni, che vengo subito ad esporre.

Se le espressioni « liberalità, donazioni, doni a favore di concubine » fossero usate nella giurisprudenza francese per indicare soltanto le *attribuzioni a titolo gratuito*, che uno dei concubini compie a favore dell'altra, si potrebbe con tutta tranquillità affermare che i tribunali d'oltre Alpe vengono a colpire di nullità dei negozi aventi una causa lecita (*animus donandi*), ma conclusi per motivi in urto ai buoni costumi. Sta di fatto però che le espressioni su riportate sovente vengono usate per indicare le prestazioni che uno dei concubini compie a favore dell'altra, per adempiere ad un precedente contratto sinallagmatico intervenuto tra le parti avente per oggetto l'obbligazione di una di esse di convivere extraconiugalmente con l'altra e l'obbligazione di quest'ultima di pagare come contraccambio una determinata somma. Non ho bisogno di rilevare che in siffatta ipotesi l'attribuzione patrimoniale giuridicamente non deriva da un atto a titolo gratuito, bensì da un atto a titolo oneroso. Non solo, ma il negozio, in adempimento del quale essa viene compiuta, non è un negozio avente solo dei motivi illeciti, ma un negozio avente anche una causa illecita.

Orbene quando io avrò affermato che la massima, di cui alla lettera d), viene usata con le stesse identiche parole, per colpire tanto le attribuzioni a titolo gratuito quanto quelle a titolo oneroso, il lettore si troverà in grado di comprendere quali siano le difficoltà, a cui essa dà luogo.

Nel maggior numero dei casi la giurisprudenza francese dichiarando la nullità delle così dette « liberalità a favore di concubine » ha inteso colpire non già dei negozi a titolo gratuito, quindi dei negozi con motivi illeciti, ma dei negozi a titolo oneroso, quindi con causa e contenuto illecito (1).

(1) Così ad es.: Alger, 23 dic. 1895, *D. P.* 1897, 2, 453; Montpellier, 23 feb. 1889, *D. P.*, 1885, 1, 36; Paris, 14 nov. 1894, *D. P.*, 1895, 2, 115: « Per-

Se sia stata sempre felice nel configurare in linea di fatto l'attribuzione a titolo oneroso, compiuta in cambio di una promessa esplicita di iniziare o continuare rapporti extraconiugali, anziché come un'attribuzione a titolo gratuito, non saprei veramente dire, dato che dalle raccolte di giurisprudenza non sogliono risultare con sufficiente chiarezza i presupposti di fatto di ogni singola decisione. Anche perchè, riferendosi il maggior numero di giu-

ché una liberalità tra vivi o testamentaria abbia una causa legale, che ne assicuri la validità, è sufficiente che il donante o il testatore abbia avuto la volontà di donare o di legare. Quanto ai motivi, che hanno determinato questa volontà, essi non sono affatto, nel senso giuridico, la causa della liberalità e di conseguenza per quanto immorali essi abbiano potuto essere, non toccano la validità della donazione o del testamento. Tuttavia il testamento, il quale non sarebbe stato fatto che nello scopo di determinare la beneficiaria ad allacciare o a continuare con il testatore relazioni illecite, conterebbe sotto l'apparenza di un atto a titolo gratuito una vera convenzione avente una causa contraria ai buoni costumi e dovrebbe essere annullata». Non molto coerente la decisione della corte di Bastia, 21 luglio 1907, *D. P.*, 1909, 2, 266 la quale dopo aver detto: « Le obbligazioni assunte a profitto di una concubina sono valide a meno che esse non abbiano altra causa che il concubinaggio e non sia stabilito che esse sono il risultato di un patto immorale avente lo scopo di ricompensare i favori presenti, passati, futuri », aggiunge che « le disposizioni a titolo gratuito sono nulle come le disposizioni a titolo oneroso quando riposano su una causa illecita ». Ma è evidente che una disposizione a titolo gratuito non può essere il risultato del patto, di cui parla la Corte, altrimenti sarebbe una disposizione a titolo oneroso.

Giustificano la nullità mediante il ricorso al contratto sinallagmatico: Paris, 5 mag. 1925, *D. H.*, 1925, pag. 474, in cui è detto che « les libéralités (*latu sensu*) ne sont dépourvues d'effet que si elles sont inspirées par la volonté d'établir, de maintenir ou de rémunérer les relations entre les concubins et constituent entre eux un véritable marché », Colmar, 18 ott. 1929, *D. P.*, 1931, 2, 94, in cui è affermato che un legato è nullo solo se dissimula un contratto commutativo causato da relazioni colpevoli da allacciare, continuare o remunerare. Ma come può un legato dissimulare un contratto commutativo?

Forse si ispirano ai medesimi principi, ma a noi non sembrano molto chiare le decisioni di: Dijon, 22 marzo 1900, *D. P.*, 1901, 2, 45; Cass., 11 mar. 1918, *D. P.*, 1918, 1, 100; Cass., 8 giu. 1926, *D. P.*, 1927, 1, 113.

Per avere un'idea delle difficoltà a cui dà luogo di solito l'interpretazione delle sentenze dei tribunali francesi in materia, ricordo solo che non di rado alcune di esse vengono interpretate ora come favorevoli al principio che le attribuzioni a favore di concubine sono nulle se fondate su un contratto sinallagmatico, ora come favorevoli anche al principio che sono nulle, benché vere e proprie donazioni, se fondate su un motivo illecito.

dicati a casi, in cui l'attribuzione sulla cui liceità è sorta la controversia si presentava sotto forma di titoli di credito, la più precisa natura del rapporto fondamentale, in mancanza di stipulazioni scritte, deve essere apparsa poco sicura agli stessi giudici. Ciò spiega perchè nel dubbio questi abbiano preferito configurare questo rapporto fondamentale più come un contratto sinallagmatico che come una donazione.

Con ciò non intendo dire che tutte le sentenze relative alla validità dei così detti doni a concubine li abbiano configurati come attribuzioni a titolo oneroso. Non manca in vero qualche giudicato (1) da cui risulta chiaramente che l'attribuzione è stata

(1) Tra queste io porrei la dianzi citata sentenza di Bastia, 31 luglio 1907, *D. P.*, 1909, 2, 266, per la sua seconda massima. Il *CAPITANT*, *De la cause des obligations*, cit., pag. 486, nota, ult. per., pone anche: Alger, 23 dic. 1895, *D. P.*, 1897, 2, 453, che noi invece abbiamo citata nella nota precedente come seguace del principio opposto. Questa sentenza dice infatti che « l'obbligazione assunta a favore di una concubina è nulla come avente causa illecita, se essa è il risultato di un patto immorale avente per scopo quello di ricompensare la concubina dei suoi favori passati, presenti e futuri ». Come si vede dunque la Corte subordina la nullità alla esistenza di un patto (contratto commutativo) relativo all'inizio o alla continuazione dei rapporti illeciti dietro compenso. Nel caso da essa deciso la disposizione fu dichiarata valida perchè mirava a risarcire la donna dei danni causatole e a darle i mezzi per allevare il figlio nato dal concubinaggio. Altra sentenza citata dal *CAPITANT* (*op. e loc. cit.*) è quella di Lyon, 30 mar. 1916, *D. P.*, 1918, 2, 51. Anche questa non è molto esplicita, ma dai motivi (pag. 52) sembrerebbe che la Corte abbia creduto alla possibilità di dichiarare nulla un'attribuzione a favore di concubine, indipendentemente dall'esistenza di un contratto commutativo, e quindi anche se l'attribuzione costituisca una vera e propria donazione. Nel qual caso la nullità non potrebbe che dipendere dall'illiceità dei motivi. Più dubbia mi sembra la decisione di Paris, 23 lug. 1914, *D. P.*, 1918, 2, 51, benché avente una massima identica a quella della sentenza precedente della Corte di Lyon. E ciò perchè dai motivi non risulta, come per la sentenza di quest'ultima Corte, se la nullità si sia ritenuta possibile indipendentemente dall'esistenza di un contratto a titolo oneroso.

Tra le sentenze che ammettono la nullità anche in caso di attribuzione a titolo gratuito credo che si debba porre quella della Corte di Toulouse, 25 giu. 1900, *D. P.*, 1901, 2, 313, in cui è detto « malgrado la natura delle relazioni esistenti tra il *de cuius* e la sua concubina e malgrado l'esistenza di testimonianze sui fatti che denotano in lui delle passioni lubriche, non si possono considerare come fondate su causa illecita le disposizioni testamentarie a favore della concubina se non si dimostra ch'egli ha disposto o contrattato unicamente sotto l'influenza della sua passione ». La Corte non

dichiarata nulla, perchè compiuta per una causa impulsiva e determinante (motivo) illecita, benchè configurata come donazione. Si tratta però di sentenze molto meno frequenti delle prime.

Altri due casi in cui, sempre entro l'ambito dei negozi a titolo gratuito, la giurisprudenza francese ha fatto ricorso alla teoria della causa impulsiva illecita, son quelli delle liberalità a favore di figli adulterini ed incestuosi e delle liberalità sotto condizioni od oneri illeciti. Le prime vengono dichiarate nulle ogni qualvolta risulti dall'atto di donazione o dal testamento che l'autore dell'attribuzione si è creduto genitore del beneficiato e che sia stata questa credenza ad indurlo a volere la liberalità (1). La

ritiene necessaria dunque l'esistenza di un contratto sinallagmatico ma si contenta della prova che la donazione o il legato furono compiuti sotto l'influenza della sua turpe passione, vale a dire esige (e giustamente) la prova che il negozio fu compiuto per un motivo illecito. Nel caso specifico la liberalità fu ritenuta valida perchè fu dimostrato che il testatore aveva legato per ricompensare la concubina delle cure assidue e costanti che essa aveva prodigato al testatore durante una sua malattia.

Osservo per concludere che la giurisprudenza francese, nel grandissimo numero dei casi, sembra non aver visto che due possibilità: *a*) che l'attribuzione sia il prezzo della concessione dei favori illeciti, *b*) che sia donazione, ma ispirata da motivi leciti. E' evidente invece che a queste due ipotesi bisogna aggiungere una terza, ch'è in fondo la più interessante dal punto di vista giuridico, quella cioè che la donazione sia compiuta, senza degenerare in contratto a titolo oneroso, per motivi illeciti. Questa terza possibilità, che non può dirsi meramente teorica, anche se non molto frequente, è stata vista solo da alcune delle sentenze riportate in questa nota (v. specialmente quelle di Toulouse e di Bastia), completamente trascurata da quelle citate alla nota precedente.

(1) Questa giurisprudenza è stata inaugurata da una decisione della Cass. 4 gen. 1832, *Sirey, Recueil général*, 1832, 1, pag. 145. Il principio però si trova nettamente fissato nella sentenza della Cass. Req., 31 lug. 1860, *D. P.*, 1860, 1, 153, in cui è detto: « Una disposizione a titolo gratuito che ha una causa illecita è nulla. Ad essa si applicano gli art. 1131 e 1133 cod. nap. relativi alle obbligazioni e agli atti a titolo oneroso. Deve essere considerata come avente una causa illecita un legato, *qui a pour mobile et pour cause déterminante l'opinion de la part du testateur que le légataire est son enfant adulterin, opinion dont la preuve n'est pas prohibée, come celle de la filiation adulterine elle-même*. Ma la prova di questa presenza e dell'influenza determinante ch'essa ha esercitato sulla liberalità deve risultare dal testamento stesso ». Nello stesso senso successivamente: Amiens. 14 gen. 1864, *D. P.*, 1864, 2, 121; Cass. 22 gen. 1867, *D. P.*, 1867, 1, 5; Cass. Req., 6 dic. 1876, *D. P.*, 1877, 1, 492; Aix, 5 gen. 1882, *D. P.*, 1882, 2, 132; Pau 16 giu. 1884, *D. P.* 1885, 2, 254; in queste

nullità non è fondata, come si potrebbe subito pensare, sull'incapacità a ricevere di queste persone, perchè, si dice, essendo dalle leggi dichiarato nullo ogni riconoscimento di figli incestuosi ed adulterini e dovendosi questo considerare come non avvenuto, da un punto di vista legale padre e figlio sono persone estranee e quindi entrambi capaci di ricevere per donazioni o testamento (1). La nullità è fondata invece su una pretesa illiceità dei motivi, da cui è stato mosso il testatore o il donante, beneficiando quello, ch'egli credeva suo figlio illegittimo. Tanto vero che la liberalità viene considerata nulla, anche se fosse certo che il beneficiato non sia figlio del disponente (2). Ciò che conta non è l'esistenza o meno della filiazione, ma la credenza dell'autore della liberalità.

Ma si può seriamente sostenere che in siffatte ipotesi ci si trovi di fronte a negozi con motivi illeciti? A noi non sembra. Il padre dona al figlio per affetto e non già, come qualche volta sembrerebbe esser affermato (3) per il gusto di violare la legge o di infischiarne delle sue disposizioni proibitive. Non ci pare dunque che la giurisprudenza francese, una volta esclusa la possibilità di dichiarare la nullità di siffatte liberalità per incapacità, sia stata molto felice ad oppugnarne la validità mediante il ricorso ad una pretesa illiceità dei motivi.

Quanto alle donazioni e ai testamenti sotto condizioni ed oneri illeciti, i tribunali, com'è stato rilevato (4), tengono conto dell'ele-

due ultime sentenze viene affermato specialmente il principio per cui deve risultare dal testamento la prova che il testatore ha legato perchè si credeva padre del figlio adulterino; Cass. Req., 29 giu. 1887, *D. P.*, 1888, 1, 295; Limoges, 27 feb. 1900, *D. P.*, 1902, 2, 281 con nota contraria di *J. R.*; Trib. civil Seine, 27 ap. 1918, *Gaz. des Trib.*, 23 ott. 1918, contraria al principio della prova intrinseca. Su di essa v. le osservazioni di HUGENEX, in *Rev. trim. de droit civil*, 1919, 143 e di DEMOGUE, *ib.*, pag. 506. Nîmes, 7 mag. 1917, *Gaz. des Trib.*, 13 ott. 1917, su cui la citata nota dello HUGENEX.

(1) Ai principi dell'incapacità si fa ricorso solo in quei pochi casi in cui la filiazione illegittima si trova eccezionalmente accertata anche dal punto di vista legale o per matrimonio non putativo annullato o per sentenza penale. V. JOSSERAND, *op. cit.*, pag. 166; TRASBOT, *Donations et Testaments*, nel *Traité pratique de droit civil français*, di PLANIOL et RIPERT, Paris, 1933, vol. V, pag. 252.

(2) Cfr. JOSSERAND, *op. cit.*, pag. 168; DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris, 1923, vol. II, pag. 613; COLIN, in *D. P.*, 1907, 1, 139, i quali non fanno che rendere il pensiero della giurisprudenza.

(3) DEMOGUE, *op. e vol. cit.*, pag. 613.

(4) JOSSERAND, *op. cit.*, pag. 177.

mento subbiettivo e dei motivi in particolare, per un duplice scopo: per determinare se la condizione o l'onere siano o no illeciti e, in caso di soluzione affermativa, per stabilire quale influenza questa illiceità abbia sulla validità dell'intero negozio.

Sotto il primo aspetto sono particolarmente interessanti le decisioni relative alla liceità o meno delle clausole d'inalienabilità temporanea e di vedovanza. Sarebbe un'esagerazione ritenere che il giudizio sulla validità di queste clausole sia esclusivamente basato sulla considerazione dei motivi, è certo però che ad essi i tribunali attribuiscono una grandissima importanza. La clausola d'inalienabilità temporanea è ritenuta valida solo se giustificata da motivi degni di considerazione, quale il desiderio di proteggere un interesse del beneficiato, di un terzo o del disponente stesso, nulla in mancanza di motivi giustificativi (1). Qui, per essere più precisi a rendere nulla la clausola non è tanto l'esistenza di motivi illeciti, quanto invece la mancanza di motivi legittimi.

Per la clausola di vedovanza sono molte le sentenze le quali affermano che essa deve considerarsi illecita se imposta per motivi riprovevoli (2).

Relativamente al secondo punto, i tribunali, malgrado l'assolutezza dell'art. 900 cod. nap., che reputa come non scritte le condizioni illecite od impossibili apposte ad una disposizione tra vivi o testamentaria, sogliono distinguere tra il caso in cui si dimostri che lo scopo principale avuto di mira dal disponente sia stato quello di beneficiare l'erede o il donatario mentre la realizzazione della condizione o dell'onere sia stato un semplice scopo accessorio, ed il caso in cui si dimostri invece che lo scopo prin-

(1) Cfr. Cass., 12 lug. 1865, *D. P.*, 1865, 1, 475; Cass., 9 mar. 1868, *D. P.*, 1868, 1, 309; Dijon, 5 apr. 1872, *D. P.*, 1874, 5, 130; Cass., 11 lug. 1877 *D. P.*, 1878, 1, 62; Cass. 8 nov. 1897, *D. P.*, 1898, 1, 47; Paris, 5 marzo 1901, *D. P.*, 1901, 2, 505; Cass., 10 mar. 1903, *D. P.*, 1905, 1, 126; Cass. 15 giu. 1915, *D. P.*, 1916, 1, 5; Cass., 16 gen. 1923, *D. P.*, 1923, 1, 177.

(2) Su di essa cfr. Paris, 1 apr. 1862, *D. P.*, 1862, 2, 77; Caen, 16 nov. 1875 *D. P.*, 1876, 2, 237; Bourges, 14 apr. 1890, *D. P.*, 1890, 5, 119; Trib. de Lisleux, 23 gen. 1894, *D. P.*, 1895, 2, 269; Caen, 24 lug. 1894, *D. P.*, 1895, 2, 269; Cass. 22 dic. 1896, *D. P.*, 1898, 1, 537; Rennes, 5 dic. 1899, *D. P.*, 1903, 2, 377; Poitiers, 21 gen. 1901, *D. P.*, 1902, 2, 52; Paris, 11 lug. 1891, *D. P.*, 1912, 2, 192; Cass. 11 nov. 1913, *D. P.*, 1913, 1, 105 con nota di RIPERT; Cass. 16 dic. 1913, *D. P.*, 1915, 1, 28; Cass., 8 apr. 1913, *D. P.*, 1913, 1, 29; Cass. 30 mag. 1927, *D. H.*, 1927, 448.

cipale di tutto il negozio sia stato non tanto l'arricchimento del beneficiato, quanto invece la realizzazione della condizione o dell'onere. La prescrizione dell'art. 900 varrebbe solo per la prima ipotesi, non invece per la seconda in cui l'intero negozio dovrebbe considerarsi nullo (1).

Ma non è solo nel campo dei negozi a titolo gratuito che la giurisprudenza tiene conto dei motivi; la loro rilevanza è ammessa anche in quello non meno importante dei negozi a titolo oneroso. A prescindere del caso delle locazioni di appartamenti da adibirsi a locali di meretricio, che secondo una corrente ormai tradizionale e costante vengono dichiarate nulle (2), ma che, a nostro parere (3) inesattamente sogliono noverarsi tra i negozi con (soli) motivi illeciti, i tribunali colpiscono di nullità i mutui concessi a chi si sapeva animato dall'intenzione di acquistare con la somma una casa di tolleranza (4) o di prender parte ad un giuoco d'azzardo (5). Sporadica per la particolarità della fattispe-

(1) Cfr. Cass., 3 giu. 1863, *D. P.*, 1863, 1, 429; Cass., 7 lug. 1868, *D. P.*, 1868, 1, 446 con nota contraria della Redazione; Cass., 17 lug. 1883, *D. P.*, 1884, 1, 156; Cass., 19 ott. 1910, *D. P.*, 1911, 1, 463; Cass. 31 ott. 1922, *D. P.* 1322 1, 239; Limoges, 13 mag. 1924, *D. H.*, 1924, 589; Rouen, 22 ott. 1924, *D. P.*, 1926, 2, 54; Cass. 3 gen. 1933, *D. H.*, 1933 477.

(2) Bourges, 13 giu. 1889, *D. P.*, 1889, 5, 429; Alger, 15 nov. 1893, *D. R.*, 1894, 2, 528; Alger, 9 mag. 1894, *D. P.*, 1895, 2, 21; Paris, 28 dic. 1889, *Gaz. du Pal.*, 1900, 1, 132; Trib. Seine, 30 nov. 1921, *D. P.*, 1923, 2, 118; Paris, 22 mar. 1923, *ivi*; Trib. civ. de Bouches-du-Rhône, 23 mag. 1928, *D. H.*, 1928, 410; Comm. Supr. de Cass, 12 gen. 1928, *D. H.*, 1928, 154; Paris, 1 feb. 1930, *D. H.*, 1930, 218; Nancy, 8 giu. 1934, *D. P.*, 1935, 2, 33 con nota di VOIRIN. Più ampie citazioni in DEMOGUE, *Traité des oblig.*, vol. II, pag. 720, nota 7.

(3) Infatti quando si dà in locazione un appartamento perchè sia adibito a postribolo la destinazione immorale dell'appartamento forma oggetto di un accordo tra i contraenti. Abbiamo quindi qualcosa di più di un negozio con semplici motivi illeciti; nel contratto vi è addirittura una clausola immorale. Se questa renda nulla tutto quanto il negozio è un problema che non intendiamo affrontare.

(4) Trib. de la Seine, 30 gen. 1893, Paris, 26 gen. 1894, Cass. 1 apr. 1895, *D. P.*, 1895, 1, 263 (tutte e tre relative alla stessa causa); Paris, 14. gen. 1881, *Sirey*, 1881, 2, 51; Trib. civ. Bruxelles, 5 dic. 1894 in *Pas. belg.*, 1895, 5, 98; Toulouse, 14 gen. 1926, 2, 21.

(5) Il mutuo è dichiarato nullo se concesso da persona interessata al giuoco. Cfr. Cass. 15 nov. 1864, *Sirey*, 1865, 1, 77; Cass., 4 lug. 1892, *D. P.*, 1892, 1, 500; Limoges, 29 apr. 1891, *ivi*; Paris, 16 gen. 1894, *Sirey*, 1895, 2, 42; Trib. Seine, 17 nov. 1905, *D. P.*, 1906, 5, 60; Paris, 1 apr. 1895, *Gaz.*

cie ma non per il principio informatore, atta comunque a dare un'idea dell'indirizzo della giurisprudenza francese in materia, è una decisione della Cassazione (1) che ha dichiarato nullo il mutuo concesso ad una donna sposata, allorché il mutuante sapeva che questa stipulava il negozio per procurarsi i mezzi necessari all'attuazione di una fuga con l'amante. Meritano ancora di essere segnalate, non fosse altro che per la loro esagerazione, due ulteriori sentenze: l'una del Trib. di Liegi (2) che ha considerato illecita la vendita a credito di alcuni mobili destinati ad addobbare una casa di tolleranza, l'altra del Trib. de la Senna (3) che ha dichiarato nulla la vendita di bottiglie di champagne al tennario di un postribolo. E' doveroso ricordare però che non mancano delle sentenze, che in casi identici o analoghi ai precedenti si sono pronunziati per la validità del negozio (4). Nel complesso si può dire che anche in materia di negozi a titolo oneroso la giurisprudenza è propensa ad annettere rilevanza ai motivi delle parti, anche se, in questo campo, la discontinuità delle decisioni non ha consentito la formazione di una corrente costante e sicura qual'è quella relativa ai negozi a titolo gratuito.

Qual'è stato l'atteggiamento della dottrina di fronte all'indirizzo della giurisprudenza? In un primo tempo di disapprova

Palais, 1896, 2, 158; Bordeaux, 13 mar. 1906, *Sirey*, 1911, 2, 522. E' invece dichiarato valido se concesso da persona estranea e non interessata al giuoco: Paris, 6 lug. 1882, *D. P.*, 1884, 2, 95; Lyon, 21 feb. 1908, *D. P.*, 1908, 5, 36; Alger, 25 gen. 1909, *D. P.*, 1909, 2, 346; Paris, 13 mag. 1909, *Sirey*, 1910, 2, 270. La Corte di Paris, 8 feb. 1917, *Gaz. Trib.*, 1918, 2, 372, ha dichiarato nullo il mutuo anche in questo secondo caso.

(1) Cass. Req., 17 apr. 1923, *D. P.*, 1923, 1, 172. Una sentenza del Trib. Seine, 9 mar. 1905, *Gaz. Trib.*, 1906, 2, 22, citata da DEMOGUE (*Traité des oblig.*, vol II, pag. 655 testo e nota 2) ha dichiarato nullo il prestito concesso ad un giovanotto per permettergli la continuazione di una relazione amorosa. Ignoriamo però le particolarità del caso.

(2) Trib. di Liège, 14 nov. 1896 in *Pas. Belg.*, 1897, 3, 75, cit. in CAPITANT, *op. cit.*, pag. 241, nota 1.

(3) Trib. de la Seine, 1 mag. 1888, in *Gaz. Pal.*, 1888, 1, 797.

(4) Così ad es. la Corte di Paris, 13 giu. 1877, *Sirey* 1877, 2, 233, ha dichiarato valido il mutuo per l'acquisto di una casa di tolleranza, benché il mutuante fosse al corrente dell'illiceità dello scopo. La Corte di Bordeaux, 6 feb. 1885 *Sirey*, 1886, 2, 16 ha considerato valida la vendita di oggetti da toletta ad un postribolo.

zione; si è rimproverato ai tribunali di confondere la causa con i motivi del negozio (1).

Successivamente però gli autori si sono andati sempre più accostando alle opinioni un tempo combattute, non già però perchè si sia ritenuta infondata l'accusa mossa alla giurisprudenza di confondere la causa con i motivi, accusa esatta in sè e per sè, ma non atta a giustificare la tesi contraria alla presa in considerazione dei motivi, bensì perchè si è incominciato a capire che i tribunali, a parte le loro inesattezze teoriche, esplicavano un'opera di epurazione morale, colpendo di nullità negozi, che, pur avendo un contenuto lecito, tuttavia non erano meno in contrasto con la legge o con i buoni costumi. Vediamo quindi che nelle più recenti opere dottrinarie francesi, quali sono quelle del JOSSERAND (2), CAPITANT (3), RIPERT (4), DEMOGUE (5), ESMEIN (6) e di tanti altri scrittori l'opera della giurisprudenza viene non solo giustificata ma anche approvata.

46. — Veniamo infine all'esposizione della dottrina italiana, di cui per ora ci limitiamo a far conoscere i risultati, riservandoci di esporre e valutare durante il corso dell'indagine le ragioni addotte in loro sostegno.

La maggior parte degli autori (7) è dell'avviso che l'illiceità

(1) V.: HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris, 1892, vol. VI, pag. 64; BAUDRY LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, 5^a ed., Paris, 1895, vol. II, pag. 853; APPERT, nota in *Sirey*, 1896, 1, 289; BAUDRY LACANTINERIE et BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Paris, 1900, vol. XI, n° 313 e segg. Da ultimo: COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 3^a ed., Paris 1921, vol. II, pag. 302, senza insistervi e quasi di sfuggita.

(2) JOSSERAND, *op. cit.*, pag. 137 e segg.; *Cours de droit civil positif français*, Paris, 1930, vol II, pag. 71.

(3) CAPITANT, *op. cit.*, pag. 239 e segg., 476 e segg.

(4) RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 2^a ed. Paris, 1927 pag. 39 e segg.

(5) DEMOGUE, *Traité des obligations*, cit. vol. II, pag. 653 e segg., 712 e segg., 719 e segg. 729 e segg., 738 e segg.,

(6) ESMEIN, in PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, vol. VI n. 228 e segg., n. 275 e segg.,

(7) COVIELLO L., *Recensione all'opera del LOTMAR, Der unmoralische vertrag*, in *Filangeri*, 1897, pag. 356; FERRARA, *op. cit.*, pag. 80, 92, 138 e *passim*; COVIELLO N., *Manuale di diritto civile*, cit. pag. 424; VENZI, nota n al PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, vol. IV pag. 307; DEGNI, *Illiceità di motivi e illiceità di causa rispetto ai negozi fondati su rapporti immorali*,

dei motivi, da cui è mosso uno dei contraenti, non possa causare la nullità del negozio, anche se di essi abbia avuto piena conoscenza la parte avversaria. Si ammette tuttavia che, qualora a causa dell'intenzione illecita di uno dei contraenti il negozio venga ad assumere la qualità di reato, venga meno questo principio per far posto all'altro opposto che dichiara la nullità del negozio.

Non sono mancati però di quelli (1) che a proposito di singoli negozi abbiano sostenuto la legittimità di dichiararli nulli se compiuti per motivi illeciti. La tesi, anche se non è passata del tutto inosservata, non ha eccessivamente attirato l'attenzione dei giuristi, vuoi perchè sostenuta in occasione di particolari negozi, vuoi perchè insufficientemente svolta e difesa. E' solo in tempi recenti che la teoria subbiettiva, per influsso specialmente della dottrina francese, ha trovato dei seguaci anche nei nostri scrittori. Non tutti però l'hanno difesa con lo stesso calore e con la stessa convinzione. Alcuni (2) anzi si servono di espressioni

in *Riv. di dir. comm.*, 1911, II, pag. 433 e segg.; *Rapporti sociali in operazioni di gioco*, in *Riv. di dir. priv.*, 1934, II, 197; *Successione testamentaria*, cit., vol. II, pag. 12; BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, 2ª ed., Milano, 1921, pag. 167 nota 1; ALLARA, *Sul pagamento ob turpem causam*, in *Annali dell'Univ. di Camerino*, Vol. III, pag. 167; LONGO F., *Del contratto immorale e del mandato ad esso relativo*, in *Giur. It.*, 1901, I, col. 93 e segg.;

(1) In materia testamentaria ad es.: VITALI, *Successioni testamentarie e legittime*, Napoli, 1891, vol. I, n. 685; LOSANA, *Successione testamentaria*, in *Dig. It.*, n. 495; COSTA, *Sulla causa illecita espressa in una disposizione di ultima volontà*, in *Riv. it. per le scienze giur.*, vol. X, pag. 3 e segg.; GANGI, *I legati nel diritto civile italiano*, vol. I, n. 107 nota 1.

Contra però: PACIFICI MAZZONI, *Trattato delle successioni*, Torino, 1928, vol. II, n. 117; GANDOLFO, in *Giornale delle leggi*, 1876 pag. 73 e segg.; COVIELLO N., *Corso completo del diritto delle successioni*, 2ª ed. Napoli, 1915, vol. II, pag. 510 e segg.; DE'NI, *Successione testamentaria*, cit., vol. II, pag. 11; ALLARA, *Il testamento*, 2ª ed. pag. 152, nota 3; FERRARA, *op. cit.*, pag. 191; STOLFI N., *Diritto civile*, vol. VI, pag. 483, n. 1085; ecc.

In materia di mutui fatti per causa di gioco: MANENTI, *Del prestito di danaro fatto per causa di giuoco*, in *Riv. di dir. comm.* 1907, II, pag. 297 e segg., che sotto il concetto di causa in concreto (su cui: MANENTI, *Del gioco e della scommessa...*, in appendice al GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, vol. XI trad. it. pag. 654, nota 51) fa rientrare i motivi delle parti, come ha già notato il FERRARA, *op. cit.*, pag. 79, nota 4.

(2) LORDI, *Causa illecita e ripetizione d'indebitato*, in *Foro It.*, 1924, I, 883 e 906; MAROI, *In tema d'illiceità nel contratto di lavoro*, in *Temi Em.*, 1926, col. 161 e segg.

così evasive e caute da lasciar perfino dubbioso il lettore sull'opinione che si vorrebbe sostenere. Altri (1) più espliciti non esitano addirittura ad affermare la nullità di ogni negozio concluso per motivi illeciti. Ma è lecito supporre che questi ultimi non si siano reso abbastanza conto delle conseguenze a cui si andrebbe incontro se si dovessero applicare alla lettera le loro affermazioni. Chi acquista un gioiello per regalarlo ad una donna come compenso dei suoi favori compie senza dubbio un negozio con motivi immorali. Ma si vorrà con ciò seriamente sostenere che sia nullo il contratto di compravvendita? Eppure se si dovesse considerare invalido ogni negozio concluso per turpi motivi, non si potrebbe fare a meno di pervenire ad un simile risultato. Vedremo tra breve in che modo si possono evitare queste assurdità, anche ripudiando la teoria obbiettiva, e quanto di vero vi sia nelle affermazioni di questi ultimi scrittori.

Quanto alla giurisprudenza, essa sembra orientata più verso la teoria obbiettiva che verso quella subbiettiva. Troviamo infatti esplicitamente affermato in più di una sentenza che « agli affetti della liceità di un contratto deve aversi riguardo unicamente alla sua causa obbiettiva e non alle intenzioni delle parti o ai fini cui il contratto possa indirettamente servire » (2). Sarebbe tuttavia

(1) MOTTA, *La causa delle obbligazioni*, Torino, 1929, pag. 257 e segg.; PACCHIONI, *Dei contratti in generale*, pag. 104 e segg. Dello stesso parere pare che sia il MALVAGNA, *Il problema della causa nei contratti*, in *Riv. di dir. civ.* 1934, pag. 242. Anche il VASSALLI dovrebbe essere di questa opinione, dato che secondo l'illustre maestro la parola *causa* di cui all'articolo 1104 andrebbe interpretata nel senso di *motivo* (*Sommario delle lezioni sul negozio giuridico*, cit. pag. 50).

(2) Così testualmente, App. di Bologna, 17 genn. 192, in *Foro It.*, 1924, 314; App. Bari, 6 feb. 1925, in *Rep. Foro It.*, 1925, *Obblig. e contratti*, n. 86: « Nei contratti commutativi la causa illecita è riposta nell'obbligazione o prestazione turpe dell'altro contraente, ma nelle donazioni la causa è insita nell'elemento volitivo e subbiettivo del donante, onde non può ricercarsi un *animus donandi* illecito, senza sconfinare dai limiti naturali ed obbiettivi con cui può essere giudicata la immoralità di un negozio »; App. Brescia, 16 lug. 1914 in *Tem. Lomb.*, 1923, 786; « Il motivo recondito di una convenzione non ne costituisce la causa, quindi anche qualora fosse illecito resta valido il contratto, se abbia una causa immediata lecita »; Trib. Savona, 23 feb. 1915, *Riv. di dir. pub.*, 1915, 11, pag. 562 (nella motivazione): « La ricerca della moralità dei motivi deve ritenersi vietata... ma si deve fare eccezione a questo principio quando il motivo immorale costituisca un reato

un errore credere che i tribunali si siano sempre attenuti a questi principi.

La illiceità dei motivi è stata dichiarata irrilevante allorché la sanzione di nullità del negozio non è apparsa richiesta dalla coscienza sociale. Così ad es. la corte di Bari (1) qualche anno fa si pronunziava per la validità di una donazione che il donante voleva invece si dichiarasse nulla perchè fatta nella speranza che la donataria accondiscendesse a convivere *more uxorio* con lui. Nessuno oserà contestare l'esattezza di questa decisione, anche se le ragioni addotte a suo sostegno possono sembrare tutt'altro che decisive. La corte ha giustificato infatti la validità della donazione dietro il rilievo che « non può ricercarsi un *animus donandi* illecito, senza sconfinare dai limiti naturali ed obbiettivi con cui può essere giudicata l'immoralità di un negozio. « Vedremo più oltre come la ragione vera della validità del negozio si sarebbe dovuta riscontrare in qualcosa di diverso da questa pretesa impossibilità da parte del diritto di sconfinare nel campo dell'elemento subbiettivo.

Ma quando invece sarebbe stato grave accordare al negozio la protezione della legge, la giurisprudenza non ha esitato un istante a tener conto, anche se non l'abbia esplicitamente detto, di quei fini e di quelle intenzioni, che altra volta erano state dichiarate irrilevanti. Caso tipico quello, dei mutui concessi da un giuocatore o dal biscaggiere ad una persona che intenda continuare o partecipare al giuoco (2). I nostri tribunali hanno ancora

e non possa essere ignorato dall'altra parte » ; App. Lucca, 14 lug. 1884, in *Foro It.*, 1884, 1, 721: « La causa del contratto non può confondersi col motivo del contratto. Conseguentemente non può reputarsi viziato da causa illecita un contratto, il cui contenuto non viola nessuna legge né civile né morale, quantunque i fine ultimo o motivo dei contraenti sia di eludere l'applicazione di una legge dello Stato estranea al contratto ». Equivoca la seguente massima della Cass. Regno, 18 mar. 1925, in *Rep. Foro It.*, 1925, *Obblig. e contratti*, n. 81: Non va confuso il motivo illecito di un negozio giuridico colla causa di esso, ma quando il motivo illecito si estrinseca e si comunica all'altro contraente esso diventa causa del negozio giuridico e lo rende nullo ». Se la Corte ha voluto dire che basta far conoscere all'altro contraente il motivo per cui si agisce perchè questo diventi causa, ha commesso certamente un grave errore. Nel caso da essa deciso si trattava di un negozio con contenuto illecito, in quanto il negozio attuava una frode a danno di una società.

(1) App. Bari, 6 feb. 1925, cit. alla nota precedente.

(2) Cfr. App. Genova, 7 mar. 1878, in *Foro It.*, 1878, 1, 945; Trib. Bolo-

dichiarato nullo (non saprei se molto opportunamente questa volta) il contratto intervenuto tra un oste ed un comitato elettorale in base al quale questo si obbligava di fronte al primo a rimborsarlo delle cibarie distribuite agli elettori votanti per un determinato candidato (1). Ora è evidente che se in questi due casi non si fosse tenuto conto dei motivi dei contraenti e ci si fosse limitati a considerare il contenuto del negozio (compravendita di merci) non si sarebbe potuto pervenire al risultato a cui si è pervenuti.

Questo ondeggiamento della giurisprudenza nella soluzione dei casi in cui viene in considerazione la questione della rilevanza dei motivi illeciti sulla validità del negozio ed il contrasto che talora si nota tra ciò che si afferma ed il risultato a cui si giunge, se da una parte dimostrano la mancanza dei nostri tribunali di un principio direttivo chiaramente e consapevolmente applicato, dall'altra però attestano in essi una sana sensibilità giuridica, che li ha preservati dalle esagerazioni in cui qualche volta è caduta la giurisprudenza francese.

47. — All'esposizione dello stato della dottrina facciamo seguire qualche nostra considerazione. Abbiamo già avvertito all'inizio del capitolo che era nostro intendimento esaminare il problema della rilevanza dei motivi illeciti da due punti di vista: tenendo conto delle norme contenute nell'ordinamento positivo italiano e prescindendo completamente da ogni riferimento ad esse. In altri termini: *de iure condito* e *de iure condendo*.

gna, 16 feb. 1885 in *Riv. giuridica bolognese*, 1885, 90; App. Torino, 31 lug. 1903, in *Foro It.*, 1914, 1, 186; Cass. Torino, 22 sett. 1904, in *Giur. Tor.*, 1906, 234; Cass. Torino, 26 gen. 1907, in *Foro It.*, 1907, 1, 864; App. Milano, 23 giu. 1925, in *Foro It.*, 1925, 2, 887.

(1) Trib. Casale, 20 nov. 1898, in *Legge*, 1899, 1, 234 con nota adesiva di Ratto; Pret. Mombercelli d'Asti, 14 ag. 1905, in *Mon. Trib. Mil.*, 1906, 357; sostanzialmente d'accordo il Trib. di Savona, 23 feb. 1915, in *Riv. di dir pub.*, 1915, 11, 560, che nel caso esclude la nullità del negozio perchè non era provata la illiceità dello scopo. Si legga tuttavia la motivazione di questa sentenza.

In argomento consulta: FERRARA, *op. cit.*, pag. 173, che si pronunzia per la validità di siffatti negozi; KOHLER, *Die Ideale im Recht*, in *Archiv. für bürgerl. Recht*, vol. V, pag. 201, favorevole alla nullità. Nella giurisprudenza francese si sono pronunziati per la nullità il Trib. civ. di Tarbes, 14 mar. 1899 e quella di Castelnaudary, 25 giu. 1902, *D. P.*, 1904, 2, 201.

Sotto questo secondo aspetto si tratta di vedere se nel giudicare della liceità di un negozio si debba aver riguardo esclusivamente al suo contenuto o si debba anche tenere conto dei motivi, da cui le parti sono state mosse ad agire, ed in genere di tutti quegli elementi obbiettivi o subbiettivi, che, pur rimanendo estranei al contenuto, possono tuttavia servire alla valutazione della liceità del negozio.

Avverto subito che il quesito non sempre viene posto in questi precisi termini. La maggior parte degli autori si chiede infatti se un negozio si debba considerare nullo, sol perchè concluso per motivi immorali. A noi sembra però che, impostata in questi termini la questione, non si possa vederla o risolverla nella sua interezza. E ciò per le seguenti ragioni.

In primo luogo perchè dell'influenza o meno dei motivi si può discutere non solo entro l'ambito dei negozi contrari ai buoni costumi, ma anche riguardo a quelli, che per il movente delittuoso dell'agente implicano o almeno possono implicare una violazione delle leggi proibitive dello Stato ed in particolare di quelle penali. Ognuno intende pertanto che, se di un'*immoralità* dei motivi è esatto parlare nel caso, in cui si prenda del danaro a mutuo per acquistare un locale di meretricio o di giuoco, per mantenere una relazione amorosa e così via, lo stesso non si può dire del caso, in cui il mutuo sia concesso a chi si sa animato dall'intenzione di promuovere ed organizzare con la somma una rivolta contro lo Stato, d'impiegare il danaro nell'esercizio del contrabbando, nel mantenere e finanziare una banda di ladri e nell'esplicare in genere una simile attività criminosa. In queste ultime ipotesi il motivo, più che *immorale*, è addirittura delittuoso. Ciò spiega perchè nel porre il nostro quesito abbiamo avuto cura di evitare la qualifica di *immorali*, che in questo argomento si suol dare ai motivi.

In secondo luogo perchè si può pensare ad una rilevanza dei motivi, nella determinazione del carattere lecito o illecito di un negozio, senza peraltro esser costretti a sostenere che la sola illiceità dei motivi sia sufficiente a rendere nullo ogni negozio. Si può pensare in altri termini ai motivi disonesti come ad uno dei tanti elementi, che possono influire sulla validità del negozio, soltanto se sostenuti dal concorso di altri fattori, anche obbiettivi. Mi spiego meglio.

L'elemento subbiettivo, sia esso motivo, consapevolezza di

un fatto, intenzione riprovevole e così via, può a volte non essere sufficiente da solo a rendere un negozio illecito, ma concorrere insieme ad altre circostanze alla produzione di questo risultato. Un esempio ci è dato dal § 138,2 BGB., che, com'è noto, dichiara nullo, in quanto contrario ai buoni costumi, ogni negozio, con cui una persona, sfruttando il bisogno, la leggerezza, l'inesperienza altrui, si fa promettere o dare in cambio di una prestazione un vantaggio patrimoniale a tal punto superiore in valore alla prestazione, da stare, tenuto conto delle circostanze, in una scandalosa sproporzione con il valore della prestazione. La dottrina dominante (1) nell'interpretare questa norma insegna che solo il concorso dei due elementi, l'uno obbiettivo — sproporzione tra le due prestazioni —, l'altro subiettivo — sfruttamento del bisogno, della inesperienza altrui —, può rendere nullo il negozio. In siffatta ipotesi, come si vede, l'elemento subiettivo, pur non potendo da solo dar luogo alla nullità del negozio, tuttavia si presenta come giuridicamente rilevante, dato che, senza di esso, la semplice sproporzione tra le due prestazioni non sarebbe sufficiente a rendere il negozio contrario ai buoni costumi.

Ecco dunque perchè abbiamo preferito domandarci se dei motivi si possa tener conto per la determinazione della liceità di un negozio, anzichè, come suol fare la dottrina, se la sola immoralità dei motivi renda nullo il negozio.

Ciò premesso vediamo in che modo debba esser risolto il nostro problema.

48. — La questione se, nel campo del diritto e precisamente nella determinazione della liceità di un negozio allo scopo di fissarne la validità o meno, si possa tener conto dei motivi e delle intenzioni biasimevoli delle parti è proponibile soltanto se si riconosca che un atto, compiuto dietro la spinta di considerazioni non oneste ed in vista dell'attuazione di turpi disegni sia, indipendentemente dal suo contenuto, anzi, malgrado il suo contenuto eti-

(1) Cfr. STAUDINGER's *Kommentar*, cit., sub § 138, 11, 3; PLANCH's *Kommentar*, cit. sub § 138, III. L'ECKSTEIN, *Studien zur Lehre von den unsittlichen Handlungen, Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte, insbesondere Verträgen*, in *Archiv. für bürgerl. Recht*, 41 Bd, (1917) pag. 215 e segg., sostiene che la nullità del negozio sia dovuta solo alla sproporzione tra le due prestazioni, ma con argomenti non convincenti, a mio sommo avviso.

camente indifferente, un atto riprovato e condannato dalla morale. Se così non fosse, se non si ammettesse cioè che tutto ciò, ch'è compiuto per motivi disonesti sia esso stato immorale e disonesto, la questione dianzi accennata non avrebbe ragion d'esistere. Proponendola noi veniamo dunque a riconoscere l'esattezza del presupposto in questione; nè credo che qualcuno abbia mai pensato di seguire un diverso avviso (1).

La formazione di un negozio però non è sempre opera di una sola persona. Il più delle volte la sua conclusione è dovuta al concorso della volontà di due soggetti. Ora, ammesso per ipotesi che uno di questi agisca, a differenza dell'altro, per turpi motivi, non si può senz'altro dire che nella conclusione del negozio uno solo dei contraenti sia venuto meno ai principi della morale. Ed in vero, se la parte ha acconsentito alla stipulazione del contratto, pur essendo a conoscenza del fatto che l'altro contraente era mosso da turpi motivi, si è essa stessa resa colpevole di un'azione immorale, venendo ad agevolare in certo qual modo l'attività disonesta altrui. Che se invece nel momento della conclusione del negozio non ha avuto conoscenza del fatto anzidetto, è fuori di dubbio che anche dal punto di vista della morale più rigorosa di nulla può essere accusata.

Ciò premesso vediamo come stiano le cose nel campo del diritto. Esaminiamo, tanto per rendere più agevole l'esposizione, un caso qualunque di negozio concluso per motivi *immorali*, noti all'altro contraente: mutuo concesso a chi intende acquistare con la somma una casa di tolleranza, vendita di mobili a chi si sa animato dall'intenzione di abbellire un simile locale, vendita di un gioiello ad un giovane lussurioso, che si propone di compensare con esso i favori di una donnina. Si tratta di vedere se questi negozi si debbano dichiarare validi o nulli.

La maggior parte degli autori (le citazioni sono superflue) propende per la prima soluzione. Ma le ragioni adottate a giustificazione di questa soluzione non sempre si dimostrano accettabili.

Si suole spiegare la validità di siffatti contratti e di quelli

(1) Che il negozio concluso per disonesti motivi sia, dal punto di vista della morale, immorale, l'ammettono anche coloro che, dal punto di vista giuridico, ritengono valido il negozio. V. LOTMAR, *op. cit.* pagg. 29, 79 e *passim*; FERRARA, *op. cit.* pag. 318 e 319.

ad essi analoghi con il rilievo che il diritto non può tener conto dei motivi delle parti, anche se visibili e turpi, che il giudice non può fare inchieste psicologiche, che, in altri termini, possono colpirsi di nullità soltanto quei negozi, i quali, obbiettivamente considerati, si rivelano illeciti (1).

Non ci vuol molto però per dimostrare l'inconsistenza di questi argomenti. Le prove ci sono fornite dagli stessi autori, che li propugnano. Da uno dei più autorevoli studiosi dell'argomento, dal FERRARA, è esplicitamente ammessa la nullità dei seguenti negozi: prestito concesso da un biscazziere o da altri durante il giuoco o poco prima a chi intende impiegare la somma in un giuoco d'azzardo condannato alla legge penale (2); vendita di un'arma a chi si sa animato dall'intenzione di uccidere una persona; mutuo a chi si procura del denaro per corrompere gli elettori (3). In questi casi, osserva l'illustre autore, il contratto è obbiettivamente invalido, perchè proibito.

Non vorrei però che il lettore si lasciasse tanto impressionare dall'espressione *obbiettivamente invalido* adoperata dall'insigne autore. Ed in verità non si può disconoscere che se un negozio è nullo per illiceità lo è obbiettivamente e non già subbiettivamente. Ma il FERRARA avrebbe dovuto dimostrare, per essere conseguente alla sua tesi, che qui si pervenga alla dichiarazione di nullità dei suddetti contratti, senza che occorra fare delle inchieste psicologiche e senza ricercare l'illiceità fuori del contenuto del contratto. Questa dimostrazione egli non l'ha data, nè l'avrebbe potuto dare.

Infatti se si dovesse prescindere veramente dai motivi e dalle intenzioni riprovevoli delle parti, bisognerebbe pervenire alla conclusione che il mutuo concesso con cognizione di causa a chi si propone d'impiegare la somma in un giuoco d'azzardo, nell'esercitare la corruzione elettorale, nel preparare ed organizzare una sommossa o degli atti terroristici, nello svolgimento di una qualsiasi altra attività criminosa si debba equiparare al mutuo concesso al buon padre di famiglia, che si propone invece d'impiantare un'azienda, costruire un edificio, dotare la figlia e così via

(1) Cfr. per tutti: FERRARA, *op. cit.* pagg. 92 e segg. 319.

(2) *Op. cit.* pag. 138.

(3) *Op. cit.* pag. 319.

e che quindi non vi sia alcuna ragione per colpire di nullità il primo tipo di contratto. Nè questa deve sembrare una mia esagerazione, perchè è evidente che se si dovesse tenere conto soltanto dell'oggetto e della causa, se l'indagine si dovesse fermare esclusivamente al contenuto del contratto, sia nel primo che nel secondo genere di mutuo ci troveremo di fronte al compimento di un'attività lecita, vale a dire di fronte alla dazione di una somma di danaro con correlativo obbligo di restituirne altrettanta entro un certo periodo di tempo.

Ma ognuno intende facilmente in quali assurdità si cadrebbe se al giudice fosse permesso punire penalmente chi ha prestato del danaro a persona, che si sapeva animata dal proposito di impiegare la somma in uno dei fini delittuosi dianzi accennati, ma non anche colpire di nullità il negozio, la cui conclusione è perseguita dalla stessa legge penale. La nullità del mutuo in questione deve quindi porsi fuori discussione. Ma è proprio essa allora che ci dimostra come non sia affatto vero che il giudice non possa compiere delle indagini psicologiche e ricercare l'illiceità del negozio al di fuori del suo contenuto.

Come si vede dunque, la validità dei negozi conclusi per motivi puramente immorali (non occupiamoci più per il momento di quelli conclusi per motivi delittuosi) non può spiegarsi con l'argomento, che abbiamo or ora confutato, dal momento che dagli stessi avversari è ammessa la nullità di negozi, la cui illiceità sta non nel contenuto ma nei motivi (sia pure delittuosi).

49. — Oltre a quello esposto non sono mancati però altri argomenti a favore della validità dei negozi stipulati dietro la spinta di turpi motivi. Tra di essi meritano di esser particolarmente esaminati quelli addotti dallo ECKSTEIN.

In un punto del suo lavoro quest'autore (1) propone di distinguere il concetto d'*immoralità dello scopo* da quello d'*immoralità del motivo*. Ci si troverebbe di fronte ad un contratto con scopo immorale nei casi, in cui la prestazione, obbiettivamente lecita *deve* per esplicito accordo delle parti servire all'attuazione di un fine immorale (ad es. mutuo concesso a patto che la somma sia

(1) *Studien zur Lehre von den unsittlichen Handlungen, Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte, insbesondere Verträge, in Archiv für bürgerl. Recht*, 41 Bd (1915), pag. 195.

impiegata nell'acquisto di una casa di tolleranza). Si avrebbe invece un contratto con motivi immorali nei casi, in cui, data la mancanza di un accordo, che leghi la prestazione al conseguimento del fine immorale, questa può semplicemente ma non deve necessariamente servire all'immoralità. La distinzione è però abbandonata nel corso dell'indagine dallo stesso autore, il quale si serve dell'espressione « *zweckunsittlich Vertrag* » per indicare sia l'una che l'altra categoria di negozi. La disciplina che l'ECKSTEIN dà al contratto con scopo immorale (in senso ampio) è da lui stesso riassunta nei seguenti principi (1): *a*) Il contratto con scopo immorale è valido, ma al debitore della prestazione spetta un'eccezione, in base alla quale egli può rifiutare l'adempimento (su questa eccezione ci soffermeremo in seguito: *b*) Il contratto è però nullo in questi tre casi: *α*) se la prestazione da compiere serve secondo la sua obbiettiva destinazione a scopi immorali, *β*) se lo scopo è stato posto nel contratto come parte costitutiva di esso, *γ*) se la prestazione del debitore si rivela come compartecipazione all'azione immorale altrui.

Di queste tre eccezioni, la seconda — ch'è soltanto apparente, perchè come abbiamo già detto, se lo scopo o il motivo entra a far parte del negozio mediante clausola delle parti non ci troviamo più di fronte a un negozio con soli motivi illeciti, ma ad un negozio con contenuto illecito — appare per se stessa facile a comprendersi. Lo stesso non si può dire per le altre due, specialmente per la prima. L'autore nel formularla ha avuto forse presente i due casi di vendita di semi infruttuosi o di danaro falsificato, da lui prospettati in precedenza. Questi due negozi sono dichiarati nulli credo in via di principio, dall'ECKSTEIN (2) dietro il rilievo che se la consegna di semi infruttuosi o di danaro falsificato non è per se stessa immorale (ad es. può esser fatta ad un botanico o ad un museo di criminologia), pur tuttavia essa di norma costituisce già in sè e per sè un'agevolazione per il compimento di un futuro atto illecito (intendi: vendita dei semi, tacendo il vizio che li affetta; messa in circolazione di biglietti falsi). L'ultima eccezione riguarda forse il caso, anche esso prospettato dall'autore (3), del falsificatore di quadri, che

(1) ECKSTEIN, *op. cit.*, pag. 199.

(2) ECKSTEIN, *op. cit.*, pag. 194.

(3) *Ivi*.

ingaggia un fabbricatore di cornici al corrente dell'attività dolosa del principale.

Ma prescindiamo da queste eccezioni, su cui ci sarebbe molto da ridire, ed esaminiamo gli argomenti addotti dall'autore a sostegno del principio generale da lui propugnato della validità del contratto con scopi immorali.

Premette l'autore (1), nel parlare dei contratti immorali in genere, che la nullità di essi non riposa tanto su una norma positiva di legge, quanto invece, sulla natura stessa del diritto. Poichè questo promana dallo Stato e poichè spetta allo Stato evitare il propagarsi dell'immoralità, è evidente l'inconcepibilità di un comando da parte del diritto tendente a costringere una persona a compiere un'azione immorale. Orbene la questione della validità o meno del contratto con scopi immorali sta tutta nel sapere, se costringendo il debitore ad adempiere un simile contratto, lo si costringa a compiere un'azione immorale. L'autore risponde negativamente. Egli si prospetta l'ipotesi di chi prende del danaro a mutuo per l'acquisto di una casa di tolleranza o di chi compra del tabacco tedesco (ch'è in genere di qualità non ottima) per mischiarlo con tabacco puro per venderlo come tale. Ora che cosa il mutuatario o il compratore chiede allo Stato di comandare all'altra parte? Evidentemente nient'altro che la consegna di una somma o di una quantità di tabacco. Tutto ciò è forse immorale? Niente affatto risponde l'ECKSTEIN (2). Con la concessione di un mutuo a chi intende acquistare una casa di tolleranza, con la vendita del tabacco a chi intende mescolarlo con altro tabacco per attuare una truffa, non è ancora posto un momento dell'azione immorale. E' necessario piuttosto una completamente nuova decisione volitiva dell'altra parte (intendi: volontà di acquistare il locale malfamato, di smerciare il tabacco come puro) perchè si realizzi qualche cosa di immorale. In altri termini, l'autore sostiene se non ho mal compreso il suo pensiero, che concludere un contratto, sapendo che l'altro contraente è animato da turpi motivi, non è di per se stesso un atto immorale.

In ciò, come vedremo a momenti, vi è un'intuizione felice delle ragioni che giustificano la soluzione del quesito, ma l'affer-

(1) ECKSTEIN, *op. cit.*, pag. 192.

(2) pag. 194.

mazione che la conclusione di un contratto con scopi immorali non sia di per sè un atto immorale non è del tutto esatta. Non per nulla abbiamo avuto cura di osservare poche pagine addietro che la questione dell'influenza dei motivi sulla liceità di un negozio in tanto si può porre, in quanto si ammetta che sia cosa contraria alla morale non solo l'agire per turpi motivi o in vista del perseguimento di turpi scopi, ma anche il concludere un contratto con chi si sa animato da simili intenzioni. A questa ammissione d'altronde inconsapevolmente addiviene lo stesso ECKSTEIN qualche pagina dopo. Sostiene egli (1) infatti che, se nei contratti con scopi immorali la prestazione in sè e per sè non è immorale, tuttavia è immorale dover esser costretti ad adempierla; il che lo induce a concedere al debitore un'eccezione, in base alla quale questi può rifiutare l'adempimento. Ma come si può ritenere che sia immorale l'esser costretti ad adempiere una prestazione, a cui si sa che l'altro contraente aspira, per conseguire mediante essa un fine disonesto, se non ammettendo che, coll'adempiere la prestazione malgrado la conoscenza dei propositi biasimevoli dell'altra parte, il debitore venga meno ad un suo preciso dovere morale, quello cioè di non agevolare l'attività immorale altrui? Se così non fosse, come potrebbe l'autore giustificare l'ammissibilità dell'eccezione, eh'egli concede al debitore?

Mi pare dunque che l'affermazione che la conclusione di un contratto con scopi immorali non ponga ancora in essere un momento dell'azione immorale debba respingersi come inesatta. Nella migliore delle ipotesi peccherebbe di assolutezza, perchè in certi casi di contratti conclusi per turpi motivi, come ad esempio in quei casi, in cui in vista dell'immoralità dell'impiego della somma il mutuante si fa promettere interessi piuttosto elevati (ma non usurari) (2) o in cui il contraente cerca comunque di trar profitto dell'immoralità altrui, negare che anch'egli sia venuto meno ai precetti morali, sarebbe cosa troppo assurda, per poter essere ragionevolmente sostenuta.

Malgrado queste critiche ritengo tuttavia che l'affermazione

(1) ECKSTEIN, *op. cit.*, pag. 196.

(2) Se gli interessi fossero usurari l'immoralità del negozio potrebbe rinvenirsi non più nel fatto di aver concluso il negozio, pur sapendo delle intenzioni disoneste altrui, ma nel fatto di aver esercitato l'usura.

dell'ECKSTEIN, se opportunamente modificata e ristretta, possa darci la ragione vera della *normale* validità dei negozi conclusi per turpi motivi.

50. — E' insegnamento comune e certo esatto (1) che non ogni minima deviazione dai precetti morali sia sufficiente a causare la nullità del negozio. La legge osserva, giustamente il FERRARA (2), ha voluto reprimere e bandire dal campo del diritto soltanto le azioni turpi, inique, che producono uno strappo al senso morale della società, ma non ha potuto nè dovuto preoccuparsi di quelle leggere offese, che per quanto non degne di approvazione, pure non meritano di essere trattate col rigore estremo dell'inefficacia del negozio, in cui esse sono contenute.

Ciò premesso, è evidente che, affinché si possa dichiarare nulla la vendita di un gioiello fatta ad una persona che con esso intende pagare i favori di una donnina compiacente, il mutuo concesso a chi si propone di acquistare una casa di tolleranza, l'alienazione di mobili destinati all'addobramento di un tale locale e così via, non basta aver accertato che il gioielliere, il falegname, il mutuante, acconsentendo alla conclusione del negozio, pur essendo consapevoli del turpe impiego della cosa venduta o della somma prestata, abbiano violato i rigorosi precetti della morale, ma è necessario aver stabilito che la loro infrazione è stata di un'entità tale, da apparire giustificata la sanzione di nullità del contratto concluso.

Ora è serio sostenere che nell'atto del gioielliere, del mutuante, del falegname si possa rinvenire quell'azione turpe, iniqua, che la dottrina richiede per dichiarare nullo il negozio? A noi pare francamente di no. Il moralista potrà rimproverare alle suddette persone di non essersi comportate nel modo imposto dalla morale, ma l'uomo di affari, anche se onesto e di retto sentire, non potrà mai pervenire a simili esagerazioni. Il diritto, è stato già osservato (3), non è scuola o palestra di morale, i codici non sono catechismi di etica, non si può per un eccessivo purismo turbare la sicurezza degli affari, intralciare la vita stessa del commercio.

Se tutto ciò è vero, non ci vuol molto a comprendere che la

(1) Vedi per tutti: FERRARA, *op. cit.*, pag. 30.

(2) *Op. e loco cit.*

(3) FERRARA, *op. cit.*, pag. 30.

ragione, per cui bisogna dichiarare validi i contratti dianzi prospettati, non sta nel fatto che il giudice non possa fare delle inquisizioni psicologiche e ricercare la illiceità fuori del contenuto del negozio, come sostiene il FERRARA e con lui molti altri ancora, o nella circostanza che la conclusione di un contratto con scopi immorali non importi ancora il compimento di un atto contrario alla morale, come, avvicinandosi di molto al vero, sostiene l'ECKSTEIN, bensì nel fatto che nei contratti anzidetti il comportamento delle parti, del venditore e del mutuante in ispecie, non implica un'immoralità tale da meritare il disinteressamento da parte del diritto. In altri, termini, i negozi in questione si debbono ritenere validi non già perchè affetti da un'immoralità, che non si presenta sotto una delle tre forme indicate dal LOTMAR e che già conosciamo, ma perchè affetti da un'immoralità non sufficientemente intensa per essere, sia pure attraverso la sanzione della nullità del negozio, combattuta dal diritto.

Che sia questa la ragione vera della loro validità mi sembra d'altronde luminosamente confermato dal fatto che, nei casi, in cui l'atteggiamento delle parti, tenuto conto dei fini voluti perseguire da uno dei contraenti e della conoscenza che di essi aveva l'altro, appare invece contrario alle norme della comune coscienza sociale e non soltanto a quelle più rigorose dei moralisti, la nullità del negozio, malgrado questo si presenti, se esaminato nei suoi soli elementi obbiettivi, del tutto lecito, è quasi istintivamente affermata da tutta quanta la dottrina. Non ho che da richiamarmi agli esempi del FERRARA: vendita di un'arma a chi si sa animato dall'intenzione di uccidere, mutuo prima o durante la partita a chi intende partecipare ad un giuoco proibito e punito dalla legge, o a quelli non meno gravi prospettati dal KOHLER (1), vendita di dinamite a dei sovversivi, di una determinata chiave ad un ladro e così via. Perchè mai si debbono dichiarare nulli questi negozi e validi quelli accennati prima (vendita di gioielli, di mobili... ecc.)? Sia nei primi che nei secondi non abbiamo forse un contenuto negoziale lecito? Se il diritto non si dovesse preoccupare dei motivi e delle intenzioni delle parti, non bisognerebbe forse dichiarare validi anche quest'ultimi? Con la tesi del FERRARA questa diversità di trattamento resta senza alcuna spiegazione, con la nostra invece essa viene completamente chiarita.

(1) *Die Ideale im Recht*, cit., pag. 202.

51. - Dalle considerazioni precedenti noi siamo tratti a concludere che perchè si possa dichiarare nullo un negozio stipulato per turpi motivi si richiede che il comportamento delle parti esaminato alla stregua degli elementi obbiettivi e subbiettivi e delle circostanze particolari del caso, si riveli contrario alla legge, all'ordine pubblico, al buon costume.

La nostra è dunque una tesi, direi quasi, intermedia tra le due estreme, che di solito vengono affacciate per la soluzione del problema, di cui ci stiamo occupando. Dalla sua accettazione non deriva che basti l'esistenza di un motivo immorale, da cui sia animato uno dei contraenti, e la conoscenza che di esso abbia l'altra parte, perchè si possa sempre addivenire alla dichiarazione di nullità del negozio. Con essa vengono quindi evitate le conseguenze assurde che i fautori dell'irrilevanza dei motivi giustamente rimproverano (1) a coloro che vorrebbero dichiarati nulli tutti i negozi conclusi per motivi disonesti. L'opinione di costoro costituisce evidentemente un'esagerazione, non conciliabile con gli interessi superiori della sicurezza del commercio, e che d'altronde non è nemmeno richiesta dalla coscienza morale della società. Se questa non si ribella alla dichiarazione di validità di quei negozi, che, *per il loro stesso contenuto*, implicano una leggera deviazione dalle norme della morale, non si sa vedere perchè dovrebbe mostrarsi così rigorosa nei confronti del gioielliere, del falegname, da esigere nei casi supeposti la sanzione della nullità dei loro contratti, quando questi, anche se esaminati alla luce dell'elemento subbiettivo, non possono considerarsi al più che atti non dignitosi, ma non mai immorali agli occhi del diritto.

La nostra tesi d'altra parte a differenza di quella propugnata dai seguaci della teoria obbiettiva dà la possibilità di colpire quei casi più gravi di negozi conclusi per turpi motivi, di fronte ai quali la sanzione di nullità non può apparire sproporzionata all'infranzione in cui sono incorse le parti.

Alla tesi da noi difesa non si può quindi muovere la solita obbiezione, che si nuove ai fautori della teoria subbiettiva, di mettere cioè in serio pericolo la sicurezza degli affari (2), perchè se il contraente, malgrado abbia concluso il negozio con persona

(1) Cfr. RAVIT, *op. cit.*, pag. 67; FERRARA, *op. cit.*, pag. 92.

(2) Cfr. RAVIT e FERRARA ai locc. ult. citt.

che sapeva animata da motivi immorali, non è tuttavia venuto meno alle norme del retto vivere (non a quelle fissate dai moralisti più scrupolosi), nulla ha da temere a suo danno, non potendo il diritto negarli protezione. Che se invece, per la somma pravità dell'intenzione dell'altra parte o per altre circostanze contingenti, di cui parleremo tra poco, egli avrebbe dovuto, secondo i principi della coscienza sociale, non prestarsi alla conclusione del negozio, non vedo con quale fondamento ci si potrebbe richiamare al principio della sicurezza degli affari, che equivarrebbe al principio della protezione... dell'immoralità. Ha perfettamente ragione il FERRARA (1) nel qualificare come un caso di aberrazione giurisprudenziale quella decisione di un tribunale francese, che ha dichiarata nulla la vendita di bottiglie di champagne ad un proprietario di una casa di tolleranza (2); nè diversamente qualificherei l'altra decisione del Tribunale di Liegi (3), che ha negato l'azione giudiziaria, ad uno, che aveva venduto a credito dei mobili destinati ad una casa di tolleranza. Lo stesso KOHLER, ch'è un seguace convinto della teoria subbiettiva, prospettando alcuni casi di negozi analoghi a questi decisi dai due tribunali, non può far a meno di considerarli validi (4). Ma in che cosa consiste più precisamente l'aberrazione lamentata dal FERRARA? Forse nel fatto di aver esaminato il comportamento delle parti alla luce dell'elemento subbiettivo? No di certo; l'aberrazione sta invece nell'aver dichiarato giuridicamente immorale, sia pure alla luce di questo elemento subbiettivo, il comportamento del venditore. Non dunque nei mezzi di ricerca dell'immoralità, ma nell'apprezzamento che ai fini giuridici si è fatta di essa.

52. — Può la dottrina fornire alla giurisprudenza un criterio sufficientemente sicuro e preciso per stabilire quando la riprovevolezza del motivo produca la nullità del negozio e quando invece non ne intacchi la validità?

A noi non pare, ma poichè qualche volta sono stati enunciati alcuni criteri vale la pena occuparsene brevemente.

(1) *Op. cit.*, pag. 94.

(2) Trib. de la Senne, 1 maggio 1888, in *Gaz. Pal.*, 1888, 1, 797.

(3) Trib. Liège, 14 nov., 1896, in *Pas. belg.*, 1897, 3, 75.

(4) *Die Ideale im Recht*, cit., pag. 202.

Si è detto ad esempio dal FERRARA (1) e, prima di lui, dal LOTMAR (2) che l'intenzione riprovevole di una delle parti e la conoscenza che di essa ne ha avuto l'altro contraente possono causare la nullità del contratto, soltanto quando in considerazione di questi elementi subbiettivi la conclusione del negozio venga ad assumere il carattere di reato.

Non nego che con questa tesi si offrirebbe al giudice una regola sicura per stabilire quando il negozio si debba ritenere valido e quando nullo. Ma la tesi non può essere accolta, perchè una volta ammesso dagli stessi avversari che delle intenzioni biasimevoli delle parti si possa tener conto, sebbene in via eccezionale, nella valutazione del carattere lecito od illecito del negozio, non è facile comprendere perchè la sanzione di nullità debba limitarsi soltanto al caso, in cui la stipulazione del contratto implichi di per sè una violazione della legge penale. Tale risultato sarebbe giustificato se il diritto dovesse dichiarare nulli solo i negozi che vengono puniti dalla legge penale. Ora non c'è bisogno di ricordare che questi non esauriscono affatto la categoria dei negozi civilmente illeciti, costituendone solo uno dei tanti gruppi, in cui essa si può suddividere. Non vedo quindi perchè mai la sanzione di nullità non dovrebbe colpire anche i negozi, che, esaminati nel complesso degli elementi obbiettivi e subbiettivi, si rilevassero contrari non alla legge, ma ai buoni costumi. La tesi criticata inoltre, subordinando la quistione della validità del negozio a quella dell'esistenza o meno di un reato, non di rado condurrebbe a risultati veramente assurdi, perchè il più delle volte la conclusione di un negozio in tanto costituisce un reato, in quanto ricorrano alcune circostanze, che, se giustamente prese in considerazione agli effetti penali, non potrebbero avere nessuna importanza agli effetti civili. Così, tanto per riferirci ad un'ipotesi prospettata dallo stesso FERRARA (3), il mutuo concesso a persona partecipante ad un gioco d'azzardo proibito dalla legge si sarebbe se mai potuto considerare reato, sotto il passato codice penale (art. 484 e 64 cod. pen.), soltanto se il giuoco si fosse svolto in un luogo pubblico o aperto al pubblico

(1) *Op. cit.* pag. 94.

(2) *Op. cit.* pag. 141, nota 105 e pag. 183, nota 237.

(3) *Op. cit.* pag. 94.

non invece se si fosse tenuto in un circolo privato. Ma è necessario rilevare che per giudicare della validità del negozio questa distinzione sarebbe irrilevante?

Ancor meno accettabili sono i criteri, se tali possono chiamarsi, avanzati dal KOHLER e dal DERNBURG.

Secondo il primo (1) il negozio si dovrebbe dichiarare nullo, se esso rappresenta un *mezzo*, uno strumento dell'immoralità, valido se si trova soltanto in un rapporto più o meno accidentale con un fatto immorale (2). Il criterio però, poco chiaro in teoria, sarebbe quanto mai difficile ad applicarsi in pratica. A parte questo, che potrebbe essere un inconveniente superabile, sta di fatto che se si dovessero dichiarare nulli tutti i negozi della prima specie, verrebbero ad essere colpiti di nullità un buon numero di contratti, che da noi sono invece considerati validi, almeno in via di principio. Così ad esempio si dovrebbe dichiarare nullo il mutuo concesso a chi intende impiegare la somma in divertimenti non onesti (3) o nell'acquisto di una casa di tolleranza, la vendita di mobili per addobbare un simile locale, trattandosi infatti di negozi con cui vengono forniti i mezzi per l'attuazione di un fine immorale.

Per il DERNBURG (4) un negozio con motivi illeciti si potrebbe attaccare di nullità solo se i motivi siano determinanti e palesi, non invece se si tratti di motivi transitori e remoti. Ma questa distinzione tra motivi determinanti, transitori e remoti è di per sé atta a confondere le idee anzichè a chiarirle. Il caso adottato dall'autore di un negozio con motivi illeciti transitori si può benissimo prospettare come un caso di negozio con motivi illeciti determinanti e palesi. Anche questa tesi poi portebbe alla dichia-

(1) KOHLER, *op. cit.*, pag. 202

(2) In base alle suddetta distinzione l'autore ritiene valida la vendita di un gioiello di cui si sa che andrà a finire nel collo di una mantenuta, la vendita di un vestito di cui una prostituta si adorerà nel suo turpe mestiere la vendita di mobili con cui sarà adornata la casa di una cortigiana, perchè « hier handelt es sich zwar um Dinge, die mit dem unsittlichem Umgange im Verhältniss stehen es handelt sich aber nicht um Mittel der Unsittlichkeit nicht um Werkzeuge zur Verletzung sittlicher Lebensgebote ». (*op. e loco cit.*).

(3) Questo negozio è infatti dichiarato esplicitamente nullo dal KOHLER, *op. cit.*, pag. 200.

(4) PANDETTE, vol. II, 16, nota 18; *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens*, Bd., I, pag. 424, 4.

razione di nullità di un gran numero di negozi non meritevoli di sì grande sanzione.

Come si vede nessuno dei tre criteri dianzi accennati si può considerare soddisfacente. Né credo che sia utile ed opportuno tentare la ricerca di qualche altro, perchè una volta fissato il principio che il giudice debba procedere alla dichiarazione di nullità del negozio, ogni qualvolta ritenga che questo, esaminato nel complesso dei suoi elementi obbiettivi e subbiettivi, sia contrario alla legge, all'ordine pubblico o ai buoni costumi, non mi sembra che sia possibile fornire ulteriori e più specifiche regole per stabilire quando l'illiceità dei motivi e in genere la considerazione dell'elemento subbiettivo sia atta a provocare questa contrarietà alla legge o ai buoni costumi. Si tratta infatti di un apprezzamento che il giudice è tenuto a fare di volta in volta e sul cui esito possono influire le circostanze più varie.

In primo luogo il diverso grado d'illiceità dei motivi. Abbiamo detto più volte che non si può considerare alla stessa stregua il mutuo concesso a chi si procura la somma per mantenere una relazione amorosa ed il mutuo concesso a chi si propone di finanziare una rivolta contro lo Stato. Ma questi non sono che gli estremi opposti di una serie numerosa di negozi con motivi illeciti, che appunto perchè estremi possono, agli effetti della validità, facilmente valutarsi. Lo stesso non può dirsi invece per le ipotesi intermedie. Questo elemento continuamente variabile che ci è dato dal diverso grado di intensità dell'illiceità dei motivi ha importanza specialmente per giudicare dell'atteggiamento del contraente, che ha acconsentito alla stipulazione del contratto pur essendo al corrente dei fini disonesti dell'altra parte. Da questo contraente la coscienza sociale può pretendere di non collaborare (non è forse una collaborazione la conclusione di un negozio?) con chi ha in mente dei disegni criminosi o comunque abbastanza turpi, ma non può pretendere che egli rinunci ad ogni rapporto di affari con chiunque non addivenga alla conclusione del negozio per fini onesti. Tutto ciò spiega perchè si debba considerare esatta, in linea di massima, l'affermazione di chi ritiene che *la sola immoralità dei motivi per cui una delle parti agisce non sia sufficiente, malgrado la conoscenza che ne abbia l'altro contraente, a rendere nullo il negozio*. Inesatto è invece dedurre da ciò che i motivi siano sempre senza alcuna influenza sulla liceità o meno del negozio.

Un altro elemento, di cui dovrà tener conto il giudice nel suo apprezzamento, è quello relativo all'interesse che il contraente, consapevole del fine illecito altrui, ha per la sua attuazione. Basta esaminare ciò che generalmente s'insegna a proposito della validità del mutuo concesso ad un giuocatore e la distinzione che sovente si fa tra il mutuo concesso da un terzo estraneo al giuoco e quello concesso da un partecipante o dal biscozziere, per convincersi subito che di questo elemento più o meno consapevolmente non solo la giurisprudenza ma anche la dottrina tien conto.

Altro punto importante da esaminare è se in vista dell'immoralità dei motivi dell'altro contraente la parte non si sia fatta promettere una prestazione più vantaggiosa di quella che avrebbe pretesa se il negozio fosse stato concluso per scopi onesti (1).

Tenendo conto quindi di questi e di tanti altri elementi, che non è qui il caso di elencare, il giudice potrà colpire l'immoralità dovunque essa si annidi.

52. — Le conclusioni a cui siamo pervenuti nei numeri precedenti valgono naturalmente solo per il caso in cui l'illiceità dei motivi sia stata conosciuta dalla altra parte, sin dal momento della conclusione del negozio. Ma *quid juris* nel caso in cui questa conoscenza non si sia avuta?

Il quesito, non sempre esaminato sotto il medesimo punto di vista, è stato variamente risolto. Accenno solo alle tesi principali. Vi è chi ritiene (2) che il negozio si debba considerare unilateralmente nullo, nel senso che solo il contraente, ignaro al momento della conclusione del negozio, dell'illiceità dello scopo possa far valere la nullità. Altri (3) ritengono invece che per rispetto alla buona fede di una delle parti il negozio si debba considerare valido. Per l'ECKSTEIN (4) quello dei contraenti che non

(1) Cfr.: VON TUHR, *Partie générale du Code fédéral des obligations*, cit. vol. I, pag. 224.

(2) KOHLER *op. cit.*, pag. 205; ESMEIN in PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français* vol. VI, pag. 383.

(3) FERRARA *op. cit.*, pag. 319; CAPITANT, *De la cause des obligations*, cit., pag. 24.

(4) *Op. cit.*, pag. 192 e segg. Questo autore concede l'eccezione anche nel caso in cui il contraente conoscesse sin dall'inizio l'immoralità dello scopo.

agisce per fini illeciti può rifiutare l'adempimento opponendo una cosiddetta eccezione d'immoralità dello scopo. Infine si potrebbe sostenere, ma per quel ch'io sappia la tesi non è stata sin'ora avanzata, che la nullità del negozio possa esser fatta valere da ambedue le parti.

Prima di esaminare nel merito ciascuna di queste tesi è opportuno avvertire che la questione, di cui ci stiamo occupando, può sorgere solo nei casi in cui la immoralità dello scopo, che uno dei contraenti vuol successivamente conseguire, sia tale che, se fosse stata conosciuta dall'altra parte sin dall'inizio, avrebbe prodotto la nullità del negozio. Negli altri casi la questione non ha ragion d'essere ed il negozio si deve ritenere valido. Vero è che il contraente ignaro del fatto che l'altro agisce per fini immorali potrebbe, una volta avutone conoscenza, esser preso dagli scrupoli e sentirsi autorizzato a rifiutare l'adempimento, ma noi crediamo che, se l'immoralità dello scopo non sia di un'entità tale da far apparire come contrario alla legge o ai buoni costumi l'atto di chi, avutane conoscenza, acconsenta tuttavia a concludere il contratto o di chi dopo averlo concluso, addivenga all'adempimento, il contraente renitente debba, malgrado i suoi scrupoli, esser costretto ad osservare i patti.

Ciò premesso, vediamo quale debba essere la soluzione del problema nei casi, in cui esso ha ragion d'essere.

Credo che si debba senz'altro scartare l'ultima tesi, perché ripugna al nostro senso giuridico che colui, il quale ha agito per motivi illeciti, possa opporre all'altro contraente di buona fede questa circostanza, per sottrarsi ai suoi impegni.

Più soddisfacente per le conseguenze pratiche sarebbe la prima teoria. Però anch'essa ci sembra inaccettabile, perché, se il negozio viene considerato nullo a causa della sua illiceità, bisognerebbe concedere il diritto di far valere la nullità anche all'altro contraente (1).

Noi siamo pertanto convinti che il negozio si debba considerare valido. Si tratta però di vedere se il contraente di buona fede,

(1) Giustamente insegna il FERRARA (*op. cit.*, pag. 265) che la nullità derivante da illiceità del negozio può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse.

Si aggiunga inoltre contro la tesi in parola che essa porta alla conseguenza che il contraente in buona fede possa sempre (anche dopo l'adempimento del contratto) far valere la nullità. Il che ci sembra grave.

che prima dell'adempimento viene a conoscenza dell'illiceità dello scopo, possa rifiutare l'adempimento. L'affermativa, come abbiamo detto, è sostenuta dall'ECKSTEIN, il quale concede la così detta eccezione d'immoralità dello scopo (1).

(1) Su questa eccezione è tempo di spendere qualche parola. Secondo l'ECKSTEIN (*op. cit.*, pag. 192 e segg.), essa sarebbe un'applicazione particolare della cosiddetta *Einrede der Nichtzumutbarkeit*, che, se non ho male inteso il pensiero dell'autore, dovrebbe essere concessa ogniquale volta il pretendere l'adempimento di un'obbligazione sia, per le particolari circostanze del caso, contrario all'equità o alla morale. Le applicazioni più importanti di questa ultima eccezione si avrebbero nel campo delle obbligazioni, che, pur non avendo per oggetto delle prestazioni impossibili, si presentino tuttavia di gravosa esecuzione per l'obbligato ed in quello delle obbligazioni, che una parte della dottrina considera illecite, ma che in verità sono caratterizzate solo dal fatto che sarebbe contrario alla morale costringere il debitore ad eseguirle. Prescindendo dalle prime e fermandoci solo su queste ultime, mi limiterò a ricordare, sull'esempio dell'autore, l'obbligazione di posare come modella, l'obbligazione di eseguire giuochi pericolosi per l'incolumità personale, ed infine l'obbligazione di non svolgere una determinata attività con grave pregiudizio della propria libertà personale. I negozi aventi per oggetto siffatte obbligazioni vengono da diversi autori considerati come illeciti, al fine di salvaguardare l'interesse del debitore, che in tal modo non potrà essere costretto ad adempiere l'obbligo assunto. Senonché, sempre secondo l'autore, questa tesi è erronea e può portare a gravi inconvenienti pratici, perchè, supposto che il debitore abbia adempiuto una di queste obbligazioni (la modella ha posato, il ginnasta ha compiuto l'esercizio nel circo e così via), l'altro contraente potrebbe rifiutare la controprestazione richiamandosi appunto all'illiceità del contratto. Ed allora è nell'interesse dello stesso debitore, oltre che della giustizia, considerare validi questi negozi, salvo però a concedere al debitore un'eccezione, quella di cui ci stiamo occupando.

L'eccezione d'immoralità dello scopo non sarebbe, come già dicevamo, che un'applicazione di questo più ampio rimedio. Essa andrebbe concessa tutte le volte in cui il debitore della prestazione dimostri che il creditore vuole impiegare il risultato della prestazione stessa in uno scopo illecito. Interessante osservare che l'autore ritiene ammissibile questa eccezione anche nel caso in cui l'illiceità dello scopo fosse nota al debitore sin dal momento della conclusione del contratto. Il che ci sembra poco soddisfacente.

Sull'*Einrede der Nichtzumutbarkeit* vedi anche lo stesso ECKSTEIN, *Der Untergang der Obligation durch Unmöglichkeit, Leistungser schwerung und verwandte Umstände und das Schicksal der Gegenleistung*, in *Archiv. für Bürg. Recht*, Bd. 37 (1912) pag. 441; KRÜCKMANN, *Unmöglichkeit und Unmöglichkeitprozess*, in *Archiv. für civ. Praxis*, Bd. 191 (1907) pag. 1 e segg., che la chiama però con altro nome, precisamente: *Einrede aus entgegenstehendem eigenen gewichtigen Interesse*.

Contro questa teoria è stato osservato (1) che essa porta a delle conseguenze pratiche poco soddisfacenti e contrarie alla sicurezza degli affari. L'obiezione non ci sembra però decisiva perchè il rimedio dell'ECKSTEIN dovrebbe essere ammesso solo in quei casi in cui il negozio si sarebbe dovuto dichiarare nullo, qualora l'illiceità dei motivi fosse conosciuta dall'altra parte. Piuttosto si potrebbe obiettare che una siffatta eccezione, data la validità del contratto, non può essere concessa in mancanza di una norma esplicita di legge. Anche questa obiezione può essere superata dietro il rilievo che è contrario all'essenza stessa del diritto costringere una persona a compiere un atto in contrasto con la morale o addirittura con legge. Ciò appare evidente nei casi, in cui l'adempimento del contratto potrebbe far incorrere il debitore in una responsabilità penale. Ma è doveroso osservare che in siffatte ipotesi la teoria della concorrenza delle norme (2) potrebbe il più delle volte legittimare il rifiuto ad adempiere. Così, supposto che una norma di legge punisca colui che consegna delle armi a chi sapeva animato dall'intenzione di promuovere una rivolta, la legittimità del rifiuto si spiega con il fatto che tra le due norme, quella che impone al venditore di consegnare l'oggetto venduto (3) e quella che proibisce a qualsiasi cittadino di consegnare armi a chi intende organizzare una rivolta, la prevalenza spetta indubbiamente alla seconda.

La teoria dell'ECKSTEIN servirebbe però in quei casi, in cui non esiste una norma di legge che vieti il compimento dell'atto ed in cui pertanto non si potrebbe utilizzare l'altra teoria. Non possiamo tuttavia nascondere che è proprio in questi casi che l'ammissibilità di essa appare più incerta. Per conto nostro saremmo propensi ad ammetterla, ma non intendiamo prendere in questa sede un atteggiamento definitivo in proposito, riservandosi di studiare meglio l'argomento in altra occasione.

53. — Nelle pagine precedenti abbiamo tenuto soprattutto presente l'ipotesi in cui il negozio concluso per motivi illeciti sia

(1) VON TUHR, *op. cit.*, II, 2, pag. 29 nota 47.

(2) Sulla quale vedi la nota opera di LENT, *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess*, Leipzig, 1912-1916, vol I e II.

(3) Supponiamo che il venditore con conoscesse l'illiceità dello scopo al momento del contratto, il quale pertanto deve considerarsi valido.

un contratto. E' evidente però che, trattandosi di negozio unilaterale, per giudicare della liceità o meno di esso, bisogna aver riguardo all'atteggiamento dell'autore della dichiarazione. Quindi il problema, di cui ci siamo occupati nel precedente paragrafo, non ha ragion d'esistere.

Anche per i negozi unilaterali vale però sempre la nostra affermazione che nel giudicare della loro liceità occorre stabilire se, tenuto conto del complesso degli elementi obbiettivi e subbiettivi, come anche delle circostanze del caso, l'attività negoziale dell'autore della dichiarazione sia o no degna della protezione della legge.

L'unica differenza tra le due categorie di negozi è che, mentre nei contratti si deve tener conto anche dell'atteggiamento dell'altra parte — donde il problema della conoscenza o meno del motivo illecito — nei negozi unilaterali invece tutta l'indagine deve concentrarsi sull'autore della dichiarazione.

54. — I negozi compiuti per scopi illeciti — soprattutto i contratti — possono dar luogo, nei casi, in cui ricorrano le condizioni per dichiararli nulli, ad un problema della massima importanza, che si presenta allorchè successivamente alla loro conclusione la parte non attui lo scopo illecito in vista del quale il negozio era stato concluso, ma attui invece uno scopo lecito. Ad esempio se il danaro preso in prestito dal biscacchiere nell'intento di partecipare ad un giuoco proibito dalla legge — supposto per un momento che il negozio si debba considerare nullo, come vogliono alcuni — non venga impiegato nel giuoco, può il mutante agire contro il mutuatario per la restituzione?

A noi sembra che, se si parte dal presupposto dell'illiceità del contratto e, naturalmente, si ritiene che nel nostro ordinamento viga il principio dell'irripetibilità del *turpiter datum*, il mutante non possa ottenere la restituzione, per la semplice considerazione che l'attuazione o meno dello scopo illecito costituisce una circostanza estranea al contratto, la cui validità è inficiata solo dal fatto che il negozio è stato concluso per uno scopo illecito conosciuto dall'altra parte. La conclusione può sembrare iniqua, ma a noi pare che sia la sola degna di essere accolta. Inutile poi aggiungere che il fatto che la somma venga impiegata in uno scopo illecito, quando invece il mutuo era stato concesso per uno scopo lecito, non può mai pregiudicare la validità del contratto.

55. — Sino a questo momento noi abbiamo discusso dell'influenza che i motivi illeciti possono avere sulla validità del negozio astraendo completamente da quelle che sono le disposizioni di legge in materia di negozi contrari alla legge o ai buoni costumi. Si tratta ora di vedere se i risultati a cui siamo pervenuti nei numeri precedenti possano accogliersi anche nel nostro vigente ordinamento.

Generalmente si crede che un ostacolo insuperabile alla presa in considerazione dell'illiceità dei motivi sia rappresentata nella nostra legislazione dall'art. 1119 cod. civ., il quale dichiara nulla solo l'obbligazione fondata su causa illecita ma non anche quella conclusa per motivi illeciti.

A noi non pare però che l'ostacolo sia veramente insormontabile. Incominciamo intanto ad escludere la possibilità d'invocare in questa materia il vecchio ma non per questo sempre esatto aforisma « *ubi lex voluit dixit ubi non voluit non dixit* », perchè esso tra l'altro porterebbe all'assurdo di ritenere che nel nostro diritto non sia nullo il negozio con oggetto illecito. Infatti l'articolo 1104 cod. civ. esige il requisito della liceità solo per la causa ma non anche per l'oggetto, rispetto a cui il nostro legislatore, confondendo tra cosa ed oggetto del contratto, si limita a dire (articolo 1116 cod. civ.) che « le sole cose (cioè a dire i beni mobili od immobili) che sono in commercio possono formare oggetto di contratto ». Il che dimostra chiaramente che comminando la nullità dell'obbligazione con causa illecita non può il legislatore aver voluto sanzionare la validità di qualsiasi negozio che, pur avendo la causa lecita, abbia illecito qualche altro elemento. D'altronde ciò è confermato dal fatto che nel nostro ordinamento esistono negozi non rientranti nella categoria dei negozi con causa illecita ma non per questo meno nulli; così, tanto per richiamarci ad una categoria generale prevista dallo stesso codice (art. 1160 cod. civ.), i negozi o meglio i contratti con condizione illecita. Ma vi è di più; nella nostra legislazione vi sono perfino dei negozi, la cui liceità, per espressa disposizione del legislatore, è stata fatta dipendere dalla diversità degli scopi in vista dei quali essi venivano compiuti. Ci basti il richiamo all'art. 8 del regio decreto 13 maggio 1919 n. 696, il quale dichiarava nulli i contratti di vendita di divise estere da parte delle Banche ai privati nel caso in cui il compratore non fosse addivenuto all'acquisto per uno degli scopi indicati e previsti dalla stessa norma. E la giurisprudenza ha avuto occasione di applicare questa disposizione in casi

in cui la Banca aveva acconsentito all'alienazione, pur sapendo che l'acquirente concludeva il negozio per uno scopo diverso da quelli permessi dal legislatore (1).

Ci sembra quindi di poter affermare che, non esaurendo la disposizione contenuta nell'art. 1119 cod. civ. tutti i tipi di negozi illeciti conosciuti dalla nostra legislazione, non sia corretto arguire dal fatto che in essa si trova contemplata solo una forma di negozio illecito la validità di tutte le altre forme e più particolarmente di quella rappresentata dai negozi con motivi illeciti.

Ma con ciò noi abbiamo dimostrato soltanto che l'art. 1119 cod. civ. non è contrario alla possibilità che un negozio venga dichiarato nullo in considerazione dei motivi per cui è stato compiuto. Però questo non basta ai nostri fini, perchè occorre ancor dimostrare che esiste una norma di legge o almeno un principio generale di diritto, che autorizza l'interprete a dichiarare nullo un negozio concluso per motivi illeciti. Non basta in altri termini che nessuna norma si opponga alla dichiarazione di nullità, occorre inoltre che esista una norma atta a giustificare l'invalidità del negozio. Orbene una siffatta norma esiste nel nostro ordinamento?

Si è risposto affermativamente e ci si è richiamati (2) all'art. 12 delle Disp. Prel., in cui è detto che « Nonostante le disposizioni degli articoli precedenti, *in nessun caso* le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero e le *private convezioni* potranno derogare alle leggi proibitive del regno che concernono le persone, i beni o gli atti *nè alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume* ». Ma o io prendo abbaglio o è assurdo invocare questa norma per fondare su di essa la nullità dei contratti con i motivi illeciti (quando essi sono, secondo i principi fissati a suo tempo, nulli). Ed invero delle due l'una: o esistono delle norme che permettono di colpire di nullità anche i negozi la cui illiceità risieda nei motivi ed allora basta richiamarsi direttamente a queste norme e non occorre il ricorso all'articolo in questione; o invece queste norme non esistono ed allora il richiamo all'art. 12 non ha senso (3).

(1) Cfr.: App. Bari, 3 apr. 1924, in *Foro It.*, 1924, I, 881 con nota di LORDI.

(2) MAROI, *In tema d'illiceità nel contratto di lavoro*, in *Temi Emil.*, 1926, pag. 161

(3) Sostanzialmente d'accordo con noi: CAPITANT, *De la cause des obligations* cit., n. 107; JOSSEKAND, *Les mobiles.*, pag. 138 e *De l'esprit des droits*, cit., pag. 148.

Pure insostenibile è la tesi del PACCHIONI. Secondo questo autore (1) la norma autorizzante la nullità dei negozi con motivi illeciti dovrebbe rinvenirsi nell'art. 1104 cod. civ., perchè in esso la parola *causa* si troverebbe usata non già nel suo significato tecnico, bensì in quello di *motivo*. Ma quest'interpretazione, che tra l'altro porterebbe all'assurdo di costringere l'interprete a dichiarare nulli tutti indistintamente i negozi conclusi con motivi illeciti, non è seriamente sostenibile, perchè, come abbiamo altrove dimostrato (2), la *causa* di cui si parla all'art. 1104 cod. civ., non è altro che la *causa*, di cui all'art. 1119 cod. civ.

Ancor meno convincente è l'opinione avanzata dal MANENTI (3), secondo cui si dovrebbe rinvenire nello stesso art. 1119 cod. civ. la norma in base a cui poter colpire di nullità i negozi con motivi illeciti, in quanto che la causa lecita per obbligarsi richiesta dal legislatore non sarebbe, secondo una distinzione avanzata dallo stesso autore, la *causa astratta*, bensì la *causa concreta*, vale a dire « l'ultimo dei motivi ossia degli scopi del contratto che nel caso concreto risultò comune ai contraenti ». Ma la distinzione tra causa astratta e causa concreta è una pura creazione dell'illustre autore e che non trova nessuna conferma nella legge, perchè, come già si è detto, la causa, di cui il legislatore parla agli artt. 1104 e 1119 cod. civ., è la causa dell'obbligazione in senso tecnico, che non ha nulla a che vedere con i motivi individuali che spingono le parti a concludere il negozio.

Non è poi una soluzione degna di approvazione quella di ritenere (4) che l'art. 1119 cod. civ. si debba applicare ai negozi con motivi illeciti, in quanto che rispetto a questi non sarebbe possibile distinguere tra causa e motivi. La suddetta distinzione infatti è possibile tanto quanto nei negozi leciti.

In conclusione e noi sembra che nel nostro ordinamento non esista una norma specifica di legge, in virtù della quale si possano colpire di nullità quelli tra i negozi conclusi per motivi illeciti, che la coscienza giuridica e sociale richiede siano dichiarati nulli.

(1) *Dei contratti in generale*, cit., pag. 104.

(2) *Op. cit.*, in *Riv. di dir. civ.*, 1938, pag. 7 e segg.

(3) *Note alla trad. it. del Glück, Commentario alle Pandette*, Milano, 1902, vol. XI, pag. 654, nota 51; e *Del prestito di danaro fatto per causa di giuoco*, in *Riv. di dir. comm.*, 1907, II, pag. 301.

(4) Così: MOTTA, *La causa delle obbligazioni*, cit., pag. 257 e segg.

Ciononostante non ci sentiremmo di sottoscrivere alla affermazione del FERRARA (1) secondo la quale « la illiceità nel nostro diritto non si può desumere *a priori* dall'aspetto generale del negozio o dalle circostanze o dalle intenzioni ma deve rigorosamente cadere in alcune parti del negozio stesso », perchè riteniamo che in questa materia sia possibile e doveroso il ricorso ai principi generali del diritto.

Gli artt. 1104, 1119, 1065, 1160, 1698 cod. civ. e tutte quelle norme in genere relative a singole ipotesi di negozi illeciti non sono che l'applicazione di un principio generale più vasto, che il nostro legislatore ha avuto forse il torto di non enunciare in una norma esplicita ma che perciò non si può considerare meno esistente, quello cioè che ogni negozio contrario alla legge o ai buoni costumi deve considerarsi nullo. Non tragga in inganno il fatto che nel nostro diritto la norma fondamentale in materia di negozi illeciti riguardi una soltanto delle varie forme in cui l'illiceità può presentarsi, perchè, a parte ciò ch'è stato già detto dianzi, dai lavori preparatori del codice napoleonico risulta con grande evidenza che, dichiarando nulla l'obbligazione fondata su causa illecita, i compilatori non intesero richiedere che l'illiceità dovesse cadere proprio nella causa. Diceva infatti BIGOT - PREA-MENEU nella sua esposizione dei motivi: « E' nulla qualunque obbligazione contratta malgrado la proibizione della legge o ch'è contraria ai buoni costumi » (2) venendo in tal modo ad identificare obbligazione contraria alla legge o ai buoni costumi con obbligazione fondata su di una causa contraria alla legge o ai buoni costumi. Direi anzi, e l'affermazione non è esagerata, anche se ne omettiamo la dimostrazione, che l'espressione « obbligazione fondata su causa illecita » sia stata usata dai compilatori del codice napoleonico in quello stesso ampio significato che nel diritto comune avevano i termini *contractus*, *stipulationes*, *promissiones ob turpem causam*. Con questo non vogliamo dire che in diritto vigente si debba dare alla disposizione contenuta nell'art. 1119 cod. civ. lo stesso ampio significato che intesero contribuirle i compilatori del codice napoleonico: ciò significherebbe confondere la volontà dei compilatori con la volontà della legge. Mi sembra

(1) *Op. cit.*, pag. 65.

(2) Cfr. questo passo in LOCRE, *Legislazione civile, commerciale e criminale*, trad. it. Napoli, 1840, Codice civile, Elementi del Commentario, VIII, n. 29.

però perfettamente legittimo concludere che, pur dando all'articolo 1119 cod. civ. la portata che gli deve essere attribuita dalla presenza della parola *causa* intesa nel suo significato tecnico, non si debba tuttavia vedere in esso un ostacolo alla possibilità di invocare un principio generale di diritto avente una portata più ampia della suddetta norma.

D'altronde o io mi sbaglio di grosso o l'esistenza di questo principio è inconsapevolmente ammessa anche dai più strenui e valorosi difensori della tesi obbiettiva. Così ad esempio dal FERRARA allorchè riconosce (1) che si debbano considerare nulli nel nostro diritto negozi quali la vendita di un'arma a persona intenzionata ad uccidere, il mutuo concesso a chi intende partecipare ad un giuoco o corrompere gli elettori. Ed in vero, poichè non vi è alcun dubbio che in questi casi l'illiceità non risieda nè nella causa, nè nell'oggetto, nè nella condizione, è necessario concludere che anche per il FERRARA esistono dei negozi illeciti non rientranti in nessuna delle tre categorie da lui indicate e che per di più sono illeciti in considerazione dei motivi per cui vengono conclusi. Nè si dica che qui ci troviamo di fronte ad atti che implicano una complicità delittuosa, perchè tutto ciò non esclude che siano i motivi per cui una delle parti agisce e la conoscenza che ne abbia l'altra a rendere illecito e quindi nullo il negozio. Sostenere pertanto, come fanno alcuni (2), che nel nostro ordinamento nulli sono soltanto quei negozi che hanno illecito uno degli elementi essenziali non mi sembra esatto, perchè la verità è che anche nel nostro ordinamento vige quel principio generale di diritto, per cui è nullo qualsiasi negozio contrario alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume, qualunque sia l'elemento che lo renda illecito. Soltanto è da osservare che nel maggior numero dei casi l'illiceità del motivo non determina la nullità del negozio, perchè questo, esaminato nel complesso dei suoi elementi obbiettivi e subbiettivi, non raggiunge quel grado d'illiceità che necessita per la sanzione della nullità.

56. — Dovremmo ora, alla fine di questa lunga e pur tuttavia incompleta indagine, applicare la nostra tesi ai singoli casi di

(1) FERRARA *op. cit.*, pag. 138 e 139.

(2) Vedi ad es. anche da ultimo: GUARINO, *op. cit.*, in *Giurisprudenza comparata di diritto civile*, vol. III, pag. 21.

negozio con motivi illeciti. Non riteniamo però opportuno, dato che il nostro non è un lavoro dedicato solo all'argomento dell'influenza dei motivi illeciti sulla validità del negozio, procedere ad una siffatta applicazione, che richiederebbe un numero di pagine sproporzionato alla mole del presente studio. Infatti bisogna tener presente che a proposito di certi negozi con motivi illeciti vi sono delle disposizioni di legge, che vengono invocate dall'una e dall'altra parte a sostegno della validità o della nullità del negozio. Il che complica nei singoli casi l'applicazione della regola da noi fissata. Così ad esempio in materia di disposizioni testamentarie alcuni si richiamano, ma, secondo noi, a torto (1) all'articolo 828 cod. civ., che vorrebbero estendere anche al motivo illecito, altri invece all'articolo 839 cod. civ., da cui vorrebbero trarre un argomento favorevole alla validità della disposizione. Preferiamo quindi non entrare nei dettagli, lasciando alla dottrina e alla giurisprudenza la cura di applicare ai singoli casi le considerazioni generali svolte in precedenza.

SEZIONE QUINTA

La rilevanza del motivo negli artt. 1733 e 1734 cod. civ.

SOMMARIO: 57 — La rilevanza del motivo nella rinuncia alla società a tempo indeterminato fatta allo scopo di appropriarsi i guadagni

57. — Nelle società a tempo indeterminato ciascuno dei soci può provocarne lo scioglimento attraverso una dichiarazione unilaterale, che la legge impropriamente chiama rinuncia, notificata a tutti i soci. Perchè questa rinuncia produca i suoi effetti, occorre però che sia fatta in buona fede e non fuori tempo (art. 1733 cod. civ.). Nell'articolo successivo il legislatore chiarisce che la rinuncia non è di buona fede quando il socio rinuncia per appropriarsi egli solo il guadagno che i soci si erano proposti di

(1) In proposito vedi: GUARINO, *op. cit.*, pag. 21.

ottenere in comune. La dottrina (1), a chiarimento di questa norma, è solita ricordare i casi di chi rinuncia alla società universale dei beni, in cui si fosse pattuito di godere in comunione anche i beni pervenuti a titolo di liberalità, appunto perchè in procinto di ereditare o di ricevere una donazione o di chi rinuncia al fine di concludere per proprio conto un affare vantaggioso.

E' innegabile che in questi ed in tanti altri casi la validità o meno della rinuncia dipenda, anche se non esclusivamente, richiedendo la legge un secondo requisito (che la rinuncia non si sia fatta fuori tempo), dal motivo per cui si è indotti a rinunciare. La rilevanza giuridica del nostro elemento è pertanto fuori discussione.

Tuttavia l'art. 1733 cod. civ. dà luogo a qualche questione, che, non essendo stata ancora prospettata dalla dottrina, è opportuno enunciare.

Si tratta innanzitutto di stabilire se la rinuncia fatta in tempo ma non in buona fede possa considerarsi un negozio nullo perchè illecito e se questa illiceità provenga dal motivo per cui è compiuto. A noi sembra, senza voler entrare in minute discussioni, che non si possa parlare di un negozio illecito in vista del motivo. Indubbiamente chi tenta di ottenere lo scioglimento della società, per appropriarsi egli solo dei guadagni che si sarebbero potuto conseguire, agisce per un motivo egoistico e poco onesto. Però non mi pare che il motivo sia tale da poter rendere addirittura illecito il negozio, considerato nel complesso dei suoi elementi oggettivi e soggettivi, secondo il criterio fissato nella sezione precedente. Ciò almeno nel nostro ordinamento, perchè in quello tedesco, dove il negozio contrario ai buoni costumi è inteso in modo diverso che da noi, si potrebbe forse far rientrare questo caso nel § 138 BGB., così come alcuni vogliono farvi rientrare la deliberazione presa dalla maggioranza di una società anonima nell'interesse della sola maggioranza, anzichè in quello della società.

Benchè la rinuncia alla società, fatta non in buona fede, non si possa considerare un negozio illecito, tuttavia coloro, i quali

(1) BATTISTA, *Del contratto di società e del mandato* (nella « Collezione del FIORE ») Napoli-Torino, 1920, pag. 378; RODINO, *Il contratto di società*, Torino, 1902, vol. II, pag. 129, (estratto da *Dig. it.*).

credono di escludere qualsiasi influenza dei motivi illeciti sulla validità di un negozio, dietro il rilievo che il diritto non può o non deve tener conto degli elementi puramente interni, dovrebbero riflettere su questo caso di nullità del nostro negozio, che dimostra invece come a volte dipenda proprio dal motivo la validità o meno di una dichiarazione.

La seconda questione, a cui può dar luogo l'art. 1733, è la seguente. S'insegna (1), e giustamente, che perchè sia valida la rinuncia non è necessario ch'essa venga compiuta per un giusto motivo, come la legge richiede nel caso di società a tempo determinato. Supponiamo però che esista obbiettivamente un giusto motivo di rinuncia (cioè a dire una circostanza giustificativa di essa), ma che il socio rinunci in realtà al fine di appropriarsi egli solo dei guadagni. In tal caso può sorgere il dubbio se la rinuncia, supposto che non sia fatta fuori tempo, si debba considerare valida. Abbiamo visto infatti a suo tempo, parlando della giusta causa o del giusto motivo di recesso, revoca,... ecc., che il diritto prende in considerazione non tanto il motivo soggettivo per cui si è agito, quanto invece la circostanza obbiettiva giustificativa della decisione presa.

A noi sembra però che nel nostro caso la prevalenza spetti al motivo e non già alla circostanza obbiettiva. Naturalmente se il socio riesce a far credere che egli ha rinunciato in considerazione della giusta causa e non già per appropriarsi dei guadagni, benchè consapevole del fatto che in seguito alla rinuncia egli ne avrebbe beneficato da solo (questa consapevolezza non basta a far considerare la rinuncia come non avvenuta in buona fede), la rinuncia dovrà ritenersi valida, ma ciò perchè agli occhi della legge è come se non si fosse rinunciato per il motivo previsto nell'art. 1734. Ma se invece è accertato che il richiamo alla giusta causa è soltanto una scusa, la rinuncia non potrà considerarsi valida. Dagli artt. 1733 e 1734 risulta infatti chiaramente che il legislatore ha voluto prendere in considerazione il vero e proprio motivo.

(1) Vedi ad es.: BATTISTA, *op. cit.*, pag. 378 nota 6.

SEZIONE SESTA

I motivi nella teoria dei vizi della volontà

SOMMARIO: 58. — Preliminari. 59. — La nozione di errore sul motivo. Distinzione dalle altre categorie di errore vizio. 60. — I casi di rilevanza dell'errore sui motivi: l'art. 828 cod. civ. 61 — La distinzione che alcuni autori fanno a proposito del suddetto articolo tra motivo determinante e motivo impulsivo. Critica di essa. 62. — Altro caso di rilevanza: l'errore sui motivi provocato dall'altra parte. 63. — Un caso dubbio di rilevanza: l'errore di diritto che sia psicologicamente un errore sui motivi. 64. — Il timore.

58. — Con l'espressione « vizi della volontà » si è soliti indicare in dottrina l'errore, il dolo, la violenza. E' noto che perchè ciascuno di questi tre vizi possa portare all'annullabilità del negozio o più genericamente della dichiarazione, occorrono determinati presupposti. In questa sede non è lo studio di tali presupposti che c'interessa. Noi dobbiamo solo cercare di stabilire se nel nostro ordinamento esistano dei casi, in cui l'annullabilità della dichiarazione venga ricondotta, sia pure sotto certe condizioni o ricorrendo altri elementi, al motivo che ha indotto il soggetto a volere il negozio.

Può darsi che qualcuno ritenga *a priori* inutile questa indagine, perchè convinto non già che essa debba avere un esito negativo, bensì che qualsiasi vizio del volere sia dovuto ad un motivo anormale (timore o motivo erroneo) e che quindi l'annullabilità, nei casi in cui è ammessa, debba sempre ricondursi al motivo per cui si è voluto il negozio. Questa convinzione è infatti molto diffusa (1), ma, come vedremo, essa è dovuta all'inesatta concezione che la dottrina dominante ha del motivo.

Prima di iniziare questa indagine è bene avvertire che la

(1) Mi basterà ricordare che alcuni pandettisti (vedi: WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit., vol. I, § 78, pag. 312; REGELSBERGER, *Pandekten*, cit., § 143, pag. 526) intitolano il capitolo relativo ai vizi della volontà con la seguente espressione: « *I motivi della volontà* ». Tra gli autori recenti vedi: TRABUCCHI, *Il dolo*, Padova, 1937, pag. 90 e segg., il quale mostra appunto di credere che nella teoria dei vizi della volontà vengano in considerazione solo i motivi.

ragione, per cui nella presente sezione viene considerato accanto all'errore sui motivi (spontaneo o provocato dall'altro contraente) il timore, è che tanto l'uno che l'altro producono lo stesso effetto giuridico, quello cioè di rendere, qualora ricorrano certi presupposti, annullabile il negozio (1).

Quest'ultimo rilievo pone in grado il lettore di comprendere da se stesso entro quali limiti intendiamo studiare in questa sezione la rivelanza giuridica dei motivi come vizi della volontà.

E' noto che la dottrina è solita trattare di questo argomento in quella parte del sistema del diritto privato, che viene dedicata allo studio del negozio giuridico (2). Si riconosce peraltro che il trattamento, a cui la legge sottopone questi vizi, occupandosi dei contratti (teniamo presente il nostro ordinamento positivo) o di qualche singolo negozio unilaterale, si può estendere talvolta ad atti non negoziali, per i quali sia naturalmente ammissibile la conseguenza dell'annullabilità.

E' però evidente che qualsiasi atto umano può essere compiuto dietro la spinta di un motivo erroneo (provocato o spontaneo) o per effetto di timore. Ora, volendo studiare la rilevanza di questi motivi nel campo del diritto privato, il fermarsi a considerare quella particolare categoria di atti che sono i negozi giuridici o più in generale le dichiarazioni, siano esse di volontà, di scienza o diverso genere, è quanto mai ingiustificato, perché non si può escludere *a priori* che i due motivi di cui ci stiamo occupando (quello erroneo ed il timore) possano avere una rilevanza giuridica, sia pure diversa da quella dell'annullabilità, nel caso in cui per effetto di essi venga compiuto un atto, positivo o negativo, che non sia una dichiarazione.

(1) Occorre tuttavia osservare che, secondo alcuni autori (vedi da ultimo: ALLARA, *Il Testamento*, cit., pag. 162), l'errore sui motivi in materia testamentaria porta alla nullità e non già all'annullabilità dell'atto. Se si ritiene esatta questa tesi, la nostra sistemazione, che è fondata sulle diverse conseguenze giuridiche a cui porta la rilevanza del motivo, appare senz'altro difettosa, perchè nella presente sezione verrebbero considerati insieme dei casi in cui la conseguenza giuridica è la nullità e dei casi in cui è certamente l'annullabilità (dolo, violenza), nei negozi *inter vivos*. Il lettore tenga quindi presente che in questa sistemazione si è seguita la tesi di coloro, i quali ritengono annullabile la disposizione, senza però che con ciò si sia voluto prendere una netta posizione tra le due tesi.

(2) Vedi però: CARNELUTTI (*Sistema*, cit., vol. II, pag. 373 e segg.).

In questa sezione noi però ci occupiamo dei due anzidetti motivi con riguardo ad una particolare categoria di atti, precisamente quelli, per i quali è concepibile l'annullabilità, soltanto perchè la sistemazione dei vari casi od aspetti della rilevanza dei motivi è stata da noi fatta, tenendo presente la conseguenza giuridica che la legge riconnette alla presa in considerazione del motivo. Risulta pertanto chiara la ragione per cui non ci siamo preoccupati di determinare in questa sezione se l'errore sui motivi od il timore possano avere delle conseguenze giuridiche diverse da quelle dell'annullabilità dell'atto.

Ciò premesso veniamo a determinare quando i motivi portano alla conseguenza or ora accennata.

59. — L'espressione « errore sui motivi » viene adoperata dalla dottrina in diversi significati. Per qualcuno (1) tutti indistintamente gli errori sarebbero errori sui motivi. Altri (2) invece parlano di errore sui motivi con riferimento ai vari tipi di errore vizio e ad esclusione dell'errore ostativo. Altri (3) infine si servono

(1) Vedi ad esempio: R. LEONHARD, *Der allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs*, cit., pag. 516: « ... jeder Irrthum ein falscher Beweggrund ist und daher die Unterscheidung zwischen solchen Irrthümern, die Beweggründe sind, und solchen, die es nicht sind, von vorn herein einen handgreiflichen Widerspruch in sich schliesst ».

(2) COVIELLO N., *Manuale di diritto civile*, cit., pag. 385; « ...e solo in questi limiti è vera la massima che l'errore sui motivi non nuoce (*falsa causa non nocet*), ch'è falsa nella sua generalità, giacchè tutti gli errori si riconducono ad errori sui motivi ». L'autore intende riferirsi, affermando che tutti gli errori sono errori sui motivi, alla categoria dell'errore vizio, se non ho male inteso il suo pensiero. In questo senso vanno comunque intese le affermazioni del BETTI, *Diritto romano*, cit., pag. 292, il quale tuttavia distingue entro l'ambito della categoria dell'errore sui motivi la categoria dei motivi meramente individuali.

(3) Sono i più. Mi basti citare: SCIALOJA V., *Negozi giuridici*, 3^a rist., Roma, 1933, pag. 304; Scurro, *Istituzioni di diritto privato*, 2^a ediz., Napoli, 1938, vol. I, pag. 271; DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, 6^a ediz., Messina, s. d., vol. I, pag. 251; BARASSI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1939, pag. 116; ALLARA, *Il testamento*, cit., pag. 150. Il FUBINI (*La dottrina dell'errore in diritto civile italiano*, Torino, 1902, pag. 197 e segg.) fa dell'errore sui motivi una categoria distinta dalle altre specie di errore vizio (errore sulla natura del negozio, sull'oggetto, sulla persona, sulla quantità, ecc.), ma poi afferma (pag. 199) che moltissimi di questi errori cadono sui motivi. Ed allora che ci sta a fare il capitolo dedicato all'errore sui motivi?

dell'anzidetta espressione per indicare esclusivamente una particolare categoria di errore vizio, i cui più precisi confini rimangono tuttavia quasi sempre incerti (1).

Appare quindi evidente la necessità di chiarire fin d'adesso in che senso noi parliamo e crediamo si debba parlare di errore sui motivi.

Diciamo subito che secondo noi per errore sui motivi bisogna intendere solo quell'errore che cade sulle rappresentazioni psichiche, che hanno indotto il soggetto a volere la conclusione del negozio. Intesa in questo senso l'espressione, credo si possa dimostrare come non ogni genere di errore vizio rappresenta un errore sui motivi e come abbiano ragione coloro che vogliono fare del nostro errore una particolare sottospecie dell'errore vizio. Alcuni esempi varranno, meglio di qualsiasi altra considerazione, a dimostrare l'esattezza di quanto affermiamo.

Supponiamo che Tizio abbia ricevuto da un suo amico l'incarico di comprargli un orologio d'oro. Anziché comprare un orologio d'oro, egli ne compra uno che è semplicemente indorato e che a lui è parso d'oro. Poniamo a raffronto questo caso con il seguente: Tizio crede di aver ricevuto da un suo amico l'incarico di comprare un orologio d'oro, mentre invece l'incarico non gli è stato dato, e fa l'acquisto secondo le precise indicazioni che crede di aver ricevute. Di errore sui motivi si può parlare solo in questa ultima ipotesi, non invece nella prima. Non tragga in inganno il fatto che se Tizio avesse conosciuto che l'orologio non era d'oro non avrebbe concluso il negozio, perchè con ciò non è ancora dimostrato che egli abbia agito dietro la spinta di un motivo erroneo. Qualcuno potrebbe vedere nella circostanza che

(1) Scrive ad esempio il DE RUGGIERO (*op. e vol. cit.*, pag. 251): « Questa specie di errore non si confonde con nessun'altra delle precedenti, perchè qui per motivi si deve intendere quelle rappresentazioni psichiche interne, che hanno dato la spinta a compiere l'atto giuridico, che sono state occasione per la determinazione volitiva, ma che non sono la causa determinante, il motivo ultimo o prossimo della dichiarazione ». Questa definizione, che è una delle più precise, lascia nell'incertezza il lettore a causa dell'ultima aggiunta. L'autore fa l'ipotesi di colui che vende la casa perchè crede di essere trasferito altrove. Siamo indubbiamente di fronte ad un vero e proprio errore sul motivo. Ma questo motivo è il motivo prossimo, ultimo, è la causa determinante dell'atto volitivo (ed in vero, se non è esso il motivo prossimo od ultimo, quale sarà il motivo avente queste qualifiche?).

Tizio non avrebbe concluso il negozio, se avesse conosciuto il suo errore, la prova che la falsa supposizione della qualità dell'orologio abbia costituito il motivo che ha determinato l'acquisto.

Ma per dimostrare l'erroneità di un siffatto ragionamento è sufficiente notare come non ogniqualevolta risulti che la volontà non si sarebbe formata senza un errore o uno stato d'ignoranza si possa sostenere che l'errore o lo stato d'ignoranza abbiano costituito i motivi della volontà dell'agente.

Supponiamo infatti che Tizio abbia realmente ricevuto l'incarico di comprare l'orologio, ma che l'amico con una successiva lettera l'abbia pregato di desistere dall'acquisto, che viceversa è avvenuto, perchè la lettera è stata fraintesa. Non vi è dubbio che se Tizio avesse compreso il tenore della lettera non avrebbe fatto l'acquisto. Ma si vorrà con ciò sostenere che il motivo che ha spinto Tizio a concludere il negozio sia stata la erronea interpretazione della lettera o la falsa rappresentazione da essa originata? No di certo. L'acquisto è stato fatto perchè Tizio desiderava rendere un favore all'amico. Il motivo della volontà si deve trovare nella rappresentazione psichica dell'incarico ricevuto e non già nella mancata intelligenza del tenore della lettera, che è stata solo la causa del mancato sorgere di un' ulteriore rappresentazione, che avrebbe ostacolato la formazione dell'atto volitivo. In altri termini non bisogna confondere ciò ch'è la causa di un atto con ciò ch'è la mancanza di un impedimento. L'errore di Tizio nel nostro caso ha impedito il sorgere di un ostacolo alla formazione dell'atto volitivo, ma non n'è stato menomamente la causa.

Orbene anche nel caso in cui Tizio abbia comprato un oggetto indorato, credendolo d'oro, l'errore non costituisce il motivo della volontà di comprare, che, ripeto ancora una volta, è rappresentato dal desiderio di rendere un favore all'amico, ma soltanto la causa che ha impedito il sorgere di una rappresentazione (conoscenza che l'orologio non era d'oro), che avrebbe impedito il formarsi della volontà.

Per convincersi ancor di più dell'esattezza del nostro assunto vorrei che il lettore ponesse ancora a raffronto questo caso con l'altro, in cui l'acquisto è stato fatto perchè si credeva di averne ricevuto l'incarico. Qui si che ci troviamo di fronte ad un errore sui motivi, perchè senza l'errore in Tizio non sarebbe nemmeno sorta l'intenzione di comprare un orologio.

Quanto abbiamo detto per l'errore sulle qualità dell'oggetto vale naturalmente anche per l'errore sulla quantità. Se io compro un fondo, che credo di una certa estensione, perchè intendo costruire in esso un campo sportivo, che viceversa non potrà costruire perchè il fondo non ha l'estensione supposta, non incorro in un errore sul motivo, da cui sono stato indotto a comprare quel dato fondo. Solo che se io avessi conosciuto la vera estensione di esso non l'avrei comprato, perchè la mia attenzione non si sarebbe neppure fermata su di un terreno che non aveva i requisiti necessari per l'attuazione dei miei fini.

Il KRÜCKMANN (1) sotto il concetto di presupposizione condizionale ha raggruppato una serie di casi, in cui non si può, malgrado l'opinione contraria di qualche scrittore o sentenza, parlare di un errore sui motivi. Ne cito qualcuno.

Un tale compra una farmacia credendo che la polizia abbia già concesso o concederà l'apertura al nuovo titolare; un altro acquista una grande quantità di spirito, ignorando che pochi giorni dopo ci sarà un aumento dell'imposta di distillazione; un terzo compra dal fedecommissario un bene ereditario, convinto che il chiamato successivo abbia dato il suo assenso.

Lo stesso autore dimostra chiaramente perchè non si possa parlare di un errore sul motivo. Il motivo, osserva (2), è sempre causale, rappresenta la spinta, la forza motrice. La presupposizione condizionale, che ricorre nei casi precedenti ed in tanti altri analoghi, ha una funzione del tutto diversa. Essa impedisce soltanto che sorga un ostacolo alla formazione della volontà. Il soggetto, che sarebbe distolto dalla rappresentazione della circostanza B dal volere l'atto, ignora questa circostanza, per cui la rappresentazione dell'avvenimento A è lasciata libera di provocare la decisione. Pertanto non è già che si compri la farmacia *perchè* si crede di avere il permesso dell'apertura, lo spirito *perchè* si crede che l'imposta non aumenterà, il bene ereditario *perchè* si è convinti che il chiamato successivo abbia dato l'assenso. Tutte queste credenze non provocano la volontà, ma hanno solo la funzione negativa di ostacolare la formazione di una rappresentazione

(1) *Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt*, in *Archiv. für civ. Praxis* vol. 131 (1929), pag. 45 e segg. e *passim*.

(2) *Op. cit.*, pag. 45-46.

che non avrebbe permesso all'individuo di prendere quella determinata decisione.

Non intendo discutere se convenga o meno fare della presupposizione condizionale erronea una categoria che si possa, ai fini giuridici, contrapporre a quella data dalla presupposizione causale erronea, o in altri termini, dall'errore sui motivi. Ho l'impressione che la prima sia troppo eterogenea perchè il trattamento giuridico possa essere lo stesso per tutti i casi di errore che in essa ricadono. Vi è un errore sul presupposto condizionale tanto nella ipotesi, in cui io vendo un quadro perchè voglio pagare un debito ignorando che il debito è stato un momento prima pagato da un mio amico, quanto nella ipotesi in cui ignoro che il quadro ha un grande valore perchè, anzichè essere una riproduzione, è una tela originale di Tiziano. Eppure le conseguenze giuridiche dei due errori non possono essere le stesse.

Comunque da un punto di vista psicologico la distinzione tra le due categorie di presupposizioni ricordate dal KRÜCKMANN è quanto mai legittima. A parte ciò essa ci serve per isolare la categoria dell'errore sui motivi da qualsiasi altro genere di errore. In dottrina e in giurisprudenza si suole considerare come errore sul motivo anche l'errore sul presupposto condizionale, tutte le volte in cui questo sia giuridicamente irrilevante. Ciò spiega perchè, mentre è comune la distinzione tra l'errore sul motivo e le altre categorie di errori (quali ad esempio quello sull'oggetto, sulla persona, sulle loro qualità essenziali, sul negozio) che portano all'invalidità del negozio, viceversa viene completamente trascurata qualsiasi distinzione entro l'ambito della categoria degli errori che non influiscono sulla validità dell'atto.

Ora l'opportunità di distinguere anche entro questa categoria l'errore sul motivo dall'errore su altre rappresentazioni che non siano motivi è data dal fatto che, se si parla di errore sul motivo nel caso in cui un tale compri del grano ignorando un avvenuto aumento del dazio (1), non si vede la ragione per cui non si debba parlare di errore sul motivo anche nel caso in cui si compri un

(1) La Corte di App. di Bologna (21 ottobre 1935, in *Riv. di dir. comm.* 1936, II, pag. 67 e segg.) ha considerato errore sui motivi l'errore di colui che conclude un contratto di compra-vendita ignorando che la merce era in quel giorno aumentata di prezzo. A stretto rigore si trattava di un errore sul presupposto condizionale.

orologio indorato nella credenza che sia d'oro. Il che ci costringerebbe a dar ragione a coloro i quali affermano che qualsiasi errore è un errore sul motivo.

Se per errore sui motivi noi intendiamo soltanto quell'errore che concerne le rappresentazioni psichiche che hanno spinto il soggetto a volere la conclusione del negozio, dobbiamo considerare inesatta la distinzione, che taluni (1) fanno e a cui abbiamo accennato a suo tempo, tra motivi semplici (più esattamente motivi erronei semplici, dato che la distinzione concerne solo i motivi erronei) e motivi che falsano il contenuto della dichiarazione. Si parla (2) ad esempio di un motivo erroneo di questa seconda specie nel caso in cui una persona dichiara di voler comprare il fondo tuscolano nell'erronea convinzione che abbia questo nome il fondo situato in una certa località.

Ora è evidente che, se noi consideriamo i motivi per cui è sorta la volontà di comprare il fondo (intenzione di coltivarlo, di costruire una villa, di rivenderlo e così via), non possiamo assolutamente sostenere che in questi due casi ci si trovi di fronte ad un errore sul motivo. Vero è che il soggetto non avrebbe emesso la dichiarazione, che ha emessa, se avesse saputo che il fondo a cui intendeva riferirsi non si chiamava tuscolano, ma l'errore non concerne il motivo per cui si compie il negozio, bensì una delle tante rappresentazioni intellettive che intervengono nella formazione dell'atto volitivo.

Non ci sembra quindi che si possa ammettere una categoria di errori sui motivi della volontà negoziale del genere di quelli indicati dal LEONHARD. La verità è che l'errore sul motivo non falsa mai il contenuto della dichiarazione nel senso che, malgrado esso, ciò che il soggetto ha dichiarato di volere corrisponde sempre non solo a ciò che voleva dichiarare, ma perfino a ciò che ha voluto. Quando io compro un orologio, perchè credo che un mio amico mi abbia incaricato dell'acquisto, il risultato che ottengo coincide malgrado l'errore con quello voluto e con quello previsto; solo che il risultato è stato voluto dietro la spinta di una rappre-

(1) Vedi ad esempio: R. LEONHARD, *Der allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs*, cit., pag. 516.

(2) Il LEONHARD (*op. cit.*, pag. 516) fa appunto il caso di chi chiama A ciò che si chiama B.

sentazione erronea. Nel caso invece di colui che dichiara di voler comprare il fondo tuscolano credendo che si chiami così il fondo corneliano, il soggetto ottiene sì risultato che ha dichiarato di volere, ma questo risultato si rivela diverso da quello previsto. La diversità di conseguenze tra i due generi di errori mi sembra quanto mai evidente. Essa vale tra l'altro a spiegare perchè il legislatore non abbia sentito la necessità di fare dell'errore sui motivi, nel senso da noi chiarito, una causa di annullabilità dei contratti, all'infuori del caso in cui l'errore sia provocato dai raggiri dell'altro contraente.

60. — Era necessario chiarire la nozione di errore sui motivi, prima di chiederci quale rilevanza esso abbia nel nostro diritto. Solo in questo modo è possibile evitare equivoci del genere di quelli, in cui incorrono taluni i quali dichiarano falso il principio dell'irrelevanza dell'errore sui motivi, senza accorgersi che, mentre essi per errore sui motivi intendono qualsiasi tipo di errore vizio, i loro presunti avversari invece si servono di quella espressione, per indicare una particolare categoria di errore vizio.

Anche coloro, i quali adoperano l'espressione in questo senso più ristretto ed affermano che l'errore sui motivi è irrilevante, riconoscono però, nella loro grande maggioranza, che vi è qualche eccezione al principio.

La prima eccezione, se di eccezione si può parlare (1), è quella contenuta nell'articolo 828 cod. civ. La dottrina dominante insegna infatti che la parola « causa » che si legge in quest'articolo non va intesa nel significato tecnico ch'essa ha negli art. 1104, 1119 e segg. cod. civ., ma nel significato di motivo (2).

(1) E' infatti più esatto dire che in materie testamentarie vige un principio da quello dei negozi *inter vivos*, senza parlare di un'eccezione e di una regola. Si tratta solo di due principi che stanno sullo stesso piano e hanno però un diverso campo di applicazione. Mi sembra tuttavia di respingere la tesi recentemente manifestata dal RUBINO (*La mancanza sopravvenuta del motivo espresso e determinante della disposizione testamentaria*, in *Riv. di dir. priv.*, 1938, II, pag. 32), secondo la quale l'art. 828 non racchiuderebbe una norma eccezionale, perchè applicazione di un principio generale della rilevanza, del motivo espresso. Questo principio infatti non esiste.

(2) Tra i tanti: CALDARERA, *Causa erronea nelle disposizioni di ultima volontà*, Roma 1916, pag. 42; CICU, *Il testamento*, Litografie, Bologna, 1932, pag. 287; DEGNI, *La successione testamentaria*, cit., II, pag. 11; ALLARA, *Il testamento*, cit., pag. 150; RUBINO, *op. ult. cit.*, pag. 25.

Noi siamo pienamente d'accordo sul punto che il legislatore non ha inteso riferirsi nè alla cosiddetta causa del negozio giuridico nè alla causa dell'obbligazione, di cui all'articolo 1104 cod. civ. (1), ma non crediamo tuttavia che la parola « causa » sia sinonimo di motivo, almeno se del motivo si ha quella nozione ristretta che ne abbiamo noi.

Non vi è alcun dubbio infatti che, se si presentasse il caso di un tale, il quale, credendo morto il proprio fratello, abbia lasciato tutti i suoi beni ad un estraneo, si dovrebbe ammettere l'impugnativa del testamento, supposto che ricorrano gli altri requisiti richiesti dalla legge.

Eppure, se ben si osserva e si tiene presente quanto è stato detto nel paragrafo precedente, bisogna riconoscere che nel caso anzidetto non ci troveremmo di fronte ad un vero e proprio errore sul motivo. Infatti la ragione, per cui si istituisce erede l'estraneo, non sta nella credenza della morte del fratello, bensì in un sentimento di affetto o di riconoscenza verso il beneficiato, nel desiderio di riparare un torto commesso a suo riguardo o in qualsiasi altro analogo motivo. L'erronea credenza della morte del congiunto ha reso solo possibile la formazione di quel dato atto volitivo, in quanto che, fatta apparire inattuabile l'idea di istituirlo erede, ha causato la presa in considerazione di circostanze, che altrimenti non sarebbero state tenute in conto, e la maturazione di una decisione, che altrimenti non si sarebbe neppure affacciata alla mente, perchè inconciliabile con il proposito di istituire erede il fratello. Ci troviamo in altri termini di fronte ad una rappresentazione erronea, che non ha costituito il motivo della disposizione testamentaria, ma solo una rappresentazione, che, falsando la realtà, ha permesso che altre rappresentazioni provocassero la decisione presa.

Ai fini del presente lavoro non sarebbe necessario fissare il preciso campo d'applicazione dell'art. 828 cod. civ., dal momento che non si nega che l'errore sui veri e propri motivi sia da esso contemplato. Tuttavia aggiungiamo che secondo il nostro modo di vedere la parola « causa » sta ad indicare qualsiasi rappresentazione psichica che, senza concernere nessuno degli elementi della disposizione testamentaria (come ad esempio l'oggetto o il

(1) Per la distinzione tra queste due cause vedi il nostro citato lavoro sull'argomento, in *Riv. di dir. civ.*, 1938, pag. 1 e segg.

soggetto), abbia influito sulla decisione presa o perchè ha spinto il testatore a volerla o perchè ha impedito il sorgere di un contromotivo o di una qualsiasi altra rappresentazione, che avrebbe ostacolato la formazione di quella determinata volontà.

Ciò premesso vediamo quali siano le condizioni, ricorrendo i quali, l'errore sul motivo (intesa questa espressione nel più ampio senso or ora chiarito) porta all'invalidità della disposizione. Secondo l'insegnamento comune (1), occorre che il motivo erroneo sia il solo che abbia determinato il testatore e sia inoltre espresso. Su ciascuno di questi due requisiti si possono fare alcune considerazioni, che interessano più da vicino il nostro tema.

a) Per quanto riguarda l'ultimo di essi non sarebbe neppure necessario ricordare ancora una volta che l'enunciazione del motivo non equivale all'apposizione di una condizione, se proprio in questa materia non fossero sorte delle voci discordi.

Scrive infatti il DEGNI (1) che « in sostanza, con l'art. 828 non si è voluto formare una regola diversa da quella che è applicabile ai negozi giuridici *inter vivos*. Anche per questi, infatti il motivo è irrilevante sempre che sia stato racchiuso nella sfera delle determinazioni psicologiche del dichiarante la volontà, ma acquista anch'esso una rilevanza giuridica quanto abbia formato parte del contenuto del negozio, come un elemento sostanziale della dichiarazione di volontà ».

Secondo quest'autore quindi l'enunciazione del motivo avrebbe lo stesso valore dell'apposizione di una condizione (3). Non si

(1) Cfr. : CALDARERA, *op cit.*, pag. 41 e segg.; DEGNI, *op. cit.*, vol. II, pag. 11. L'ALLARA, *op. cit.*, pag 151, insegna che, secondo il nostro diritto, ai fini della invalidità della disposizione, il motivo erroneo deve essere oltre che determinante, unico ed espresso. Però nel seguito del discorso chiarisce che non occorre l'unicità del motivo.

(2) *Op. e loco cit.*

(3) Il che è avvalorato dal successivo periodo, in cui l'illustre autore a chiarimento della sua affermazione fa questo esempio ; « Se io mi determino a vendere la mia casa perchè so che devo trasferirmi altrove, evidentemente siamo nel campo del motivo che è estraneo al contenuto del negozio giuridico, ma se, nel procedere a quella vendita, io ho inteso subordinarne l'efficacia al fatto dell'effettivo trasferimento, e ciò ho reso comunque noto al compratore, la vendita non può avere efficacia perchè qui il motivo è posto come contenuto del negozio giuridico di vendita. Ed è questo in sostanza quello che dice l'art. 828 ».

Il torto dell'autore evidentemente consiste nel credere che basti la enunciazione del motivo per porre questo nel contenuto del negozio.

spiegherebbe altrimenti come egli possa affermare che il motivo diventa elemento sostanziale della dichiarazione di volontà.

La tesi è certamente erronea e come tale va respinta senza ombra di dubbio. Chi si limita ad enunciare il perché della volontà, non pone nessuna autolimitazione alla volontà stessa. L'art. 828 non richiede che il testatore abbia subordinato l'efficacia della disposizione al verificarsi di una determinata condizione, perchè altrimenti la norma sarebbe stata inutile e non avrebbe avuto senso richiedere che il motivo debba essere l'unico, ma esige solo, a parte l'altro requisito che esamineremo a momenti, che il motivo sia espresso.

Non è facile pertanto capire come si sia potuto affermare (1) che l'art. 828 detta una norma più rigorosa di quella che vige nei negozi *inter vivos*, quando è insegnamento comune e, secondo noi, esatto che il motivo erroneo rispetto a questi negozi non è causa d'invalidità neppure se sia espresso (2). Per sostenere che l'art. 828 detta una norma più rigorosa, bisognerebbe dimo-

(1) DEgni, *op. e loco cit.*, il quale scrive, in continuazione al brano riportato alla nota precedente: « che, anzi, in materia di disposizione testamentaria la norma è più rigorosa perchè l'erroneità del motivo allora soltanto porta alla conseguenza dell'inefficacia giuridica della disposizione allorchè il motivo stesso sia stato espresso e sia stato il solo che abbia determinato il testatore ».

Confesso, con tutto il rispetto dovuto all'insigne autore, che questo passo contiene delle affermazioni quanto mai inesatte. Infatti in che cosa consiste il maggior rigore dell'art. 828? Forse nel fatto che in esso si richiede l'enunciazione del motivo? Ma se lo stesso autore un momento prima ha affermato che tale requisito occorre nei negozi *inter vivos*! Ed allora nel fatto che il motivo deve essere l'unico? Ma anche nei negozi *inter vivos* se si dimostra che il contraente ha agito anche per altri motivi — dato e non concesso che l'errore sui motivi possa portare all'invalidità del negozio nel caso in cui il motivo sia espresso — l'impugnativa non sarebbe possibile, perchè non si potrebbe dimostrare che senza di esso il negozio non sarebbe stato concluso.

Si vorrà forse dire che l'art. 828 detta una norma più rigorosa dell'art. 1110 cod. civ? Ma ciò sarebbe erroneo, perchè l'art. 828 concernel'errore sui motivi, l'altro l'errore sull'identità o sulle qualità essenziali della persona e della cosa. Se mai quindi il maggior rigore sussisterebbe solo rispetto a questi errori.

(2) Esattamente il CICU (*Il Testamento, cit.*, pag. 288), come d'altronde l'opinione dominante, vede nell'art. 828 un principio meno rigoroso di quello che vige nei negozi *inter vivos*.

strare che nei negozi *inter vivos* il motivo erroneo porta all'invalidità dell'atto, ancorché non espresso o ancorché si provi che senza quest'errore il contraente avrebbe concluso ugualmente l'atto. Ma questa è una dimostrazione che possiamo *a priori* considerare impossibile.

b) Di fronte alla chiara dizione della norma, che richiede l'unicità del motivo, sembrerebbe che di questo requisito non possa assolutamente prescindere. A noi sembra certo invece che un'interpretazione letterale dell'art. 828 verrebbe a falsare la volontà del legislatore.

Intanto nessuno potrà negare che, se il testatore sia stato indotto a volere da due motivi, entrambi espressi ed erronei, la disposizione sia impugnabile (1). Eppure in questo caso difetta l'unicità del motivo.

Può darsi però che uno solo dei motivi risulti erroneo. In tal caso, secondo noi, bisogna distinguere due ipotesi:

α) Il motivo vero è tale che da solo sarebbe stato sufficiente ad indurre il testatore a volere la disposizione, ed allora questa non potrà impugnarsi.

β) Il motivo vero è tale che da solo non sarebbe stato sufficiente ad indurre il testatore a volere la disposizione, ed allora questa potrà impugnarsi (2).

Per quanto riguarda la prima di queste due affermazioni, ogni giustificazione è superflua. A sostegno della seconda noi osserviamo che l'inciso « quando questa sia la sola che vi abbia determinato il testatore » va inteso nel senso che il motivo erroneo non è causa d'invalidità della disposizione, tutte le volte in cui si dimostri che il testatore avrebbe ugualmente fatta la disposizione, anche se avesse conosciuto il vero stato delle cose (3). Il legislatore in altri termini ha voluto dire che se nel testamento sia espresso un motivo, che risulti erroneo, e si dimostri che il testatore ha agito anche per altri motivi, che, indipendentemente da quello erroneo,

(1) Cfr. ALLARA, *op. cit.*, pag. 152. L'opinione contraria è stata tuttavia sostenuta dal CALDERERA, *op. cit.*, pag. 52.

(2) In questo senso si pronuncia anche ALLARA, *op. e loco cit.*

(3) Giustamente scrive il CICU (*op. cit.*, pag. 289) che la disposizione cadrà quando si dimostri che il testatore non avrebbe fatto il lascito, se avesse conosciuto l'errore. Si attiene invece all'interpretazione grettamente letterale della norma il CALDERERA, *op. cit.*, pag. 51.

sarebbero stati sufficienti a provocare la decisione presa, questa non può impugnarsi. E giustamente, perchè è un principio generale di diritto che qualsiasi errore in tanto può portare all'invalidità del negozio, in quanto si dimostri che esso ha viziato la volontà, cioè a dire che senza di esso non si sarebbe compiuto il negozio.

Ora nel caso in cui l'erroneità di uno dei due motivi enunciati nel testamento ha permesso la formazione della volontà, che altrimenti non si sarebbe formata, non vi è ragione per escludere l'impugnativa della disposizione. L'interpretazione letterale della norma, che ci porterebbe ad un risultato contrario al buon senso e ai principi generali di diritto deve dunque essere sostituita da quella logica, che si rivela più conforme alla volontà stessa del legislatore.

Inutile poi aggiungere che spetta a colui che intende impugnare il testamento dimostrare che il testatore non avrebbe fatta la disposizione, se avesse conosciuto che uno dei due motivi da lui enunciati nel testamento era erroneo. Prova questa, che, benchè difficile, può a volte rivelarsi convincente (1).

61. — Si afferma da alcuni autori (2) che solo il motivo *determinante* e non anche quello *impulsivo* può, se erroneo, portare all'invalidità della disposizione testamentaria. Anche questa però è un'affermazione poco convincente.

(1) Supponiamo ad esempio di trovarci di fronte ad una siffatta disposizione: « Poichè il mio figlio, a cui avrei desiderato lasciare tutti i miei beni, è morto e poichè il suo amico Tizio si è adoperato per salvarlo nel naufragio in cui egli è perito lascio il mio patrimonio a quest'ultimo ». Si dimostra che il figlio è ancora vivo oppure che Tizio non ha fatto nulla per salvarlo. Non è ingiusto ed assurdo negare l'impugnativa? Si osservi poi che a stretto rigore la credenza della morte del figlio non costituisce un motivo. Abbiamo notato però che la parola « causa » dell'art. 828 non sta ad indicare solo il motivo vero e proprio.

(2) Vedi: CALDARERA, *op. cit.*, pag. 49, il quale contrappone la causa finale alla causa impulsiva; implicitamente GANGI, *op. cit.*, vol. I, n. 105, nota 1, pag. 190, il quale accenna alla distinzione tra causa impulsiva e causa determinante, per dire che nel dubbio la causa deve presumersi impulsiva, tale quindi da non viziare la volontà. Anche l'ALLARA, *op. cit.*, pag. 151 sembrerebbe dell'opinione che solo il motivo determinante può portare all'invalidità, ma basta leggere le conclusioni a cui egli arriva nell'interpretazione dell'articolo 828, per convincersi che la sua è solo un'inesattezza di terminologia.

Intanto si può rilevare che, se fosse esatto l'insegnamento di coloro che esigono l'unicità del motivo, non avrebbe senso richiedere questo ulteriore requisito, perchè il motivo unico deve per necessità di cose essere determinante. Ma, avendo dimostrato che non occorre l'unicità, il rilievo si riduce ad una obbiezione contro coloro che richiedono entrambi i requisiti.

A prescindere da ciò, si possono fare ulteriori rilievi. Se per motivo determinante noi intendiamo quel motivo, che in un dato processo volitivo è stato sufficiente da solo a provocare la decisione, e per motivo impulsivo quello, che da solo non lo è stato, bisogna concludere che anche quest'ultimo può bastare, se erroneo ed espresso, all'invalidità della disposizione. Facciamo infatti il caso di colui che è indotto a compiere l'atto da due motivi A e B, ciascuno dei quali da solo non sarebbe stato sufficiente a provocare la decisione, che è stata presa in seguito alla spinta esercitata da entrambi. In tal caso, come abbiamo già detto, l'erroneità di uno di questi due motivi deve portare all'invalidità della disposizione. Eppure si tratta di un semplice motivo impulsivo.

Neppure se diciamo che motivo determinante è quello senza del quale la volontà non si sarebbe formata, e motivo impulsivo quello, senza del quale essa si sarebbe ugualmente formata, si riuscirebbe a salvare l'affermazione di cui ci stiamo occupando. Infatti nel caso, in cui un tale voglia dietro la spinta di due motivi, ciascuno dei quali da solo sarebbe stato sufficiente a provocare la decisione (quindi si tratta di due motivi impulsivi) (1), supposto che entrambi siano erronei, bisogna, come abbiamo detto, considerare invalida la disposizione. Eppure non ci troviamo di fronte a degli errori su motivi determinanti (2).

La verità è, secondo noi, che la distinzione tra motivo impulsivo e motivo determinante serve più a complicare che a facilitare il compito del giudice. L'unico criterio, che in materia di errore sui motivi, come in genere di qualsiasi altro vizio della volontà, si dovrà seguire è che l'errore in tanto porta, ricorrendo gli altri presupposti voluti dalla legge, all'invalidità del

(1) Perché di ciascuno si può dire che senza di esso la volontà si sarebbe ugualmente formata.

(2) Determinante non può considerarsi ciascun motivo, ma solo l'insieme dei due motivi erronei.

negozio, in quanto si dimostri che senza di esso il soggetto non avrebbe voluto l'atto. Questo principio deve valere sia nel caso in cui vi sia un solo motivo erroneo, sia nel caso in cui ve ne sia più di uno. Che poi il motivo o ciascuno dei motivi sia determinante od impulsivo, secondo le definizioni più sopra date, non ha alcuna importanza.

62. — L'errore sui motivi (in senso proprio) può portare alla annullabilità del negozio nel caso in cui esso sia provocato dai raggiiri dell'altra parte. Ciò risulta implicitamente dall'art. 1115 cod. civ., il quale non esige che l'errore cada su determinati elementi, quali potrebbero essere ad esempio quelli indicati nello art. 1110 cod. civ. Il legislatore richiede solo che l'errore sia stato tale, che senza di esso il contratto non sarebbe stato concluso. L'errore sui motivi può indubbiamente avere questa efficacia.

Delle varie questioni, a cui dà luogo la materia del dolo, non possiamo occuparci in questa sede, neppure volendo soffermarci a quella particolare ipotesi di dolo, in cui l'errore fraudolentemente provocato sia un errore sui motivi; l'esame di esse richiederebbe uno studio apposito. Ci limiteremo solo a richiamare l'attenzione del lettore sui seguenti punti:

a) L'errore sui motivi porta all'annullabilità del negozio soltanto quando ricorrano altri presupposti, il principale dei quali è che l'errore sia stato provocato dall'altro contraente. Ciò non toglie però che si debba sempre parlare di una rilevanza del motivo.

b) A differenza di ciò che avviene nell'ipotesi, di cui allo art. 828 cod. civ., non è necessario che il motivo sia enunciato o reso riconoscibile.

c) Si deve ammettere l'annullabilità del negozio, anche quando il *deceptus* abbia agito non solo dietro la spinta del motivo erroneo, ma anche dietro la spinta di un altro motivo, semprechè si provi che senza il primo la volontà non si sarebbe formata. Può darsi cioè che dei due motivi, che hanno indotto il soggetto a volere la conclusione del negozio, nessuno dei due da solo sarebbe stato sufficiente a provocare la volontà, sorta per spinta di entrambi. Ora, benché in questo caso non si possa dire che sia stato il solo motivo erroneo a provocare la volontà, tuttavia il negozio deve ritenersi annullabile, perchè ricorre sempre la condizione prevista dall'art. 1115 cod. civ.

d) L'enunciazione di un falso motivo non esclude l'impugnativa, se il soggetto riesce a dimostrare che la volontà si è realmente formata dietro l'impulso di un altro motivo, erroneo e provocato dall'altra parte.

63. — Un caso dubbio di rilevanza dell'errore sui motivi è quello dell'art. 1109 cod. civ. Dispone questo articolo che « l'errore di diritto produce la nullità del contratto solo quando ne è la causa unica o principale ». Supponiamo che una persona concluda un contratto sol perchè convinta di essere obbligata da una norma di legge a concluderlo. Evidentemente ci troviamo di fronte ad un errore sul motivo. È possibile l'impugnativa?

La questione, come è noto, è tra le più controverse (1). Se si dovesse prendere alla lettera l'art. 1109, bisognerebbe adottare la soluzione affermativa. E' infatti innegabile che, senza l'errore il contratto non si sarebbe concluso, non solo, ma è anche innegabile che l'errore ha costituito la causa unica della conclusione. Tuttavia di fronte a questo risultato poco soddisfacente ed anche inspiegabile, dato il principio dell'irrilevanza dell'errore sui motivi allorchè esso è di fatto (sempre in materia contrattuale), una parte della dottrina (2) ha preferito dare alla norma un'interpretazione diversa da quella letterale, arrivando alla conclusione che l'errore di diritto non è rilevante come l'errore di fatto nel caso in cui rappresenti nello stesso tempo un semplice errore sui motivi (3).

Anche in questo argomento noi non riteniamo necessario prendere posizione in favore dell'una o dell'altra tesi. Ci basta soltanto aver segnalato il caso, che, ripeto, è molto controverso.

64. — Tra i motivi, che possono spingere una persona ad emettere una dichiarazione, il timore è uno di quelli (4) che possono portare all'annullabilità della dichiarazione stessa. E' noto

(1) Vedi soprattutto: ASCOLI, *Sulla nullità del contratto per errore di diritto secondo l'art. 1109 cod. civ.*, in *Riv. di dir. comm.*, 1903, II, pag. 5 e segg.

(2) Da ultimo: TRABUCCHI, *Errore*, in *Nuovo Digesto Italiano*, n. 6.

(3) Si tenga presente che l'errore di diritto può non essere un errore sui motivi.

(4) Il FUNAIOLI (*La teoria della violenza nei negozi giuridici*, Roma, 1927 pag. 33) scrive che « mentre la violenza è il *motivo* del volere, la minaccia è il *mezzo* col quale il motivo medesimo opera sul volere, il timore è la *con-*

però che a tal fine la legge richiede il concorso di determinati requisiti (1), che non è qui il caso di enunciare minutamente, dato che la teoria della violenza suole formare oggetto in dottrina di ampie e separate trattazioni. Come abbiamo fatto per il dolo, ci basterà in questa sede richiamare l'attenzione del lettore sul fatto che il concorso di questi requisiti non esclude che si possa parlare di una rilevanza del motivo. Infatti è abbastanza evidente che, affinché la dichiarazione si possa considerare annullabile, non basta che l'autore di essa sia stato minacciato di un danno notevole, che la minaccia sia stata posta in essere dell'attività altrui (e non da un evento naturale), che sia stata ingiusta... ecc. occorre ancora dimostrare che la volontà si è formata per effetto della minaccia, di guisa che senza di essa non si sarebbe presa la decisione. Ora è solo attraverso un'indagine sui motivi che si può stabilire se ricorra o meno quest'ultimo requisito.

Per il timore valgono poi le stesse considerazioni che abbiamo fatto a proposito del dolo. Non occorre cioè l'enunciazione del motivo; il negozio deve considerarsi annullabile, anche quando il soggetto abbia agito dietro la spinta del timore e di un secondo motivo, che da solo però non sarebbe stato sufficiente a provocare la decisione (il caso è più che altro accademico); l'impugnativa si deve ammettere anche nel caso di falsa enunciazione del motivo.

Degli altri problemi, a cui dà luogo il nostro argomento, non è il caso di occuparci in questa sede.

dizione del subbietto determinata dal mezzo col quale il motivo opera sul volere». Benchè si tratti di un punto giuridicamente privo d'importanza, a noi sembra che non sia esatto considerare la violenza come motivo della volontà. Se per violenza s'intende, come si fa generalmente (vedi da ultimo: CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, cit., vol. II pag. 416) l'attività di chi crea il pericolo, il motivo della volontà non può che consistere nella rappresentazione psichica di questa attività accompagnata da quel particolare sentimento che si chiama timore (a stretto rigore non è quindi neppure esatto dire che il timore è il motivo). Definendo il FUNAIOLI (pag. 22) la violenza come l'energia diretta a creare coattivamente l'altrui volere non mi pare che si allontani della nostra concezione di violenza; per cui non esattamente afferma che la violenza sia il motivo. Ma si tratta, ripeto, di una precisazione priva di conseguenze giuridiche. E' anche inesatto dire (CARNELUTTI, *op. cit.*, pag. 417) che il movente consiste nell'interesse minacciato. Il motivo sarà, se mai, la rappresentazione psichica di questo interesse minacciato.

(1) Per i quali vedi: FUNAIOLI, *op. cit.*, pag. 22 e segg.

SEZIONE SETTIMA

I motivi e la responsabilità civile

SOMMARIO: 65. — Il motivo come circostanza attenuante nel caso previsto dall'art. 1143 cod. civ. 66. — Casi dubbi di rilevanza: L'istituto della legittima difesa. 67. — Danno arrecato in stato di necessità. 68. — Gli atti illeciti compiuti per violenza ed errore sui motivi (spontaneo e provocato da raggiri).

65. — Nel campo del diritto penale i motivi, per cui l'atto è compiuto, possono non soltanto aggravare o diminuire la pena (1), ma anche decidere dell'antigiuridicità o meno dell'atto stesso. Vi sono infatti dei reati, che sono tali in vista del motivo che ha spinto il soggetto a volere l'atto (2). Non è privo d'interesse ricercare in questa sede se i motivi possano influire sull'obbligo del risarcimento dei danni, nel senso di eliminarlo ovvero di alterarne solo la misura.

Nella nostra legislazione vi è un caso sicuro, in cui i motivi possono influire nel secondo senso e rappresentare delle circostanze, che potremmo anche chiamare attenuanti: è il caso, di cui all'articolo 1143 cod. civ. Dopo essersi stabilito che il gestore di affari altrui è tenuto ad usare nella sua amministrazione tutte le cure di un buon padre di famiglia, è ivi detto che l'autorità giudiziaria può moderare la valutazione dei danni, che fossero derivati da colpa o negligenza dell'amministratore, tenendo conto delle circostanze che hanno indotto costui ad assumere l'affare.

Non ci sembra dubbio che in questa norma venga concessa una rilevanza giuridica ai motivi per cui si è intrapresa la gestione. Il legislatore infatti, dando all'autorità giudiziaria la facoltà di alleviare l'obbligo del risarcimento secondo le circostanze che hanno indotto il gestore a compiere l'atto iniziale della gestione, ha voluto che si tenesse conto non già delle circostanze obiettive del caso — altrimenti non si spiegherebbe perchè abbia parlato di circostanze che hanno indotto il soggetto — bensì dei veri e propri motivi.

(1) Cfr. gli artt. 61, 1° e 62, 1° cod. pen.

(2) Vedi in materia: CARNELUTTI, *Sistema*, cit., vol. II, pag. 413.

Il fatto di aver indicato l'oggetto della rappresentazione psichica per indicare quest'ultima costituisce una semplice inesattezza di linguaggio, che non può addursi contro la nostra tesi (1).

Se è vero che rilevanti sono i motivi e non già le circostanze obbiettive di fatto, consegue che nel caso, in cui la gestione sia stata intrapresa perchè ritenuta necessaria e al fine di evitare un danno al *dominus*, l'autorità giudiziaria può avvalersi della facoltà concessale dell'art. 1143 cod. civ., anche quando si dimostri che obbiettivamente non sussisteva affatto la necessità di compiere quell'atto o quella serie di atti compiuti dal gestore.

Viceversa se, date le circostanze del caso, la gestione si rivelava realmente necessaria od utile, ma il soggetto ha agito per un motivo interessato o riprovevole, l'autorità giudiziaria non può diminuire l'entità dei danni da risarcire. Il che è quanto mai giusto e corrispondente alla volontà del legislatore, il quale ha inteso trattare con minor rigore colui che è stato indotto ad ingerirsi negli affari altrui dal desiderio di evitare un danno al titolare del patrimonio o da altro giusto motivo.

A differenza di altre legislazioni, in cui l'obbligo del risarcimento di danni è aggravato in vista del motivo per cui è stato compiuto l'atto illecito (2), la nostra non contiene una analoga disposizione. E' vero infatti che l'art. 1228 cod. civ. distingue a seconda che l'inadempimento sia dovuto a dolo o colpa, nel qual ultimo caso si risponde solo dei danni prevedibili, ma è anche vero, che il dolo o la colpa non sono per se stessi dei motivi. L'indagine dei motivi può soltanto servire per accertare se l'inadempimento sia stato doloso o colposo. Ma tanto non basta perchè si possa parlare di una loro rilevanza.

66. — E' possibile che un atto lesivo di un diritto altrui non ingeneri responsabilità in vista del motivo per cui esso è stato compiuto? E' questo un problema che la dottrina non ha ancora affrontato nella sua interezza, ma di cui ha avuto occasione di

(1) Che si tratti di un caso di rilevanza dei motivi è stato visto da LOMBARDI, voce: *Motivo*, in *Diz. prat. di dir. priv.*, n. 1

(2) Vedi ad es. il § 1331 cod. civ. austr., in cui è detto che se il danno fu recato per petulanza e malignità (trad. ufficiale dei termini « *Mutwillen und Schadenfreude* »), il danneggiato può anche pretendere il valore di speciale affezione.

occuparsi nello studio di certi istituti, anche se non sempre con la dovuta attenzione.

Il primo di questi istituti è quello relativo alla legittima difesa. E' insegnamento comune che l'atto compiuto per legittima difesa non obbliga al risarcimento dei danni (1). Si tratta però di vedere se questo esonero di responsabilità sia dovuto in tutto o quanto meno in parte ai motivi per cui l'atto è compiuto. Ed è proprio su questo punto che sorgono i dubbi. Il CARNELUTTI (2) ha parlato in questa materia di una rilevanza giuridica del movente. Ma, siccome la nozione che quest'autore ha del movente non coincide in tutti i casi con la nostra nozione di motivo resta il dubbio se si sia voluto alludere o meno ad una rilevanza dell'elemento subbiettivo, di cui ci stiamo occupando.

Da un punto di vista puramente logico il motivo dell'atto compiuto in stato di legittima difesa può avere o una rilevanza totale o una rilevanza parziale ovvero nessuna rilevanza.

Si avrebbe una rilevanza totale se il legislatore esonerasse dall'obbligo di risarcire i danni colui che lede il diritto altrui perchè spinto dal desiderio di evitare un danno che, a suo parere, sta per essergli inflitto ingiustamente dal soggetto, il cui diritto vien leso. La rilevanza sarebbe totale, perchè basterebbe accertare l'esistenza di un siffatto motivo ai fini dell'esonero, anche se in realtà non siano esistite le condizioni obbiettive indispensabili per potersi parlare di uno stato di legittima difesa.

Una rilevanza parziale si avrebbe invece nel caso in cui il legislatore accordasse l'esonero solo in quanto si sia agito per l'anzidetto motivo e siano esistite le condizioni obbiettive della legittima difesa

Il motivo infine non avrebbe nessuna rilevanza giuridica se il legislatore accordasse l'esonero solo nei casi in cui siano esistite queste condizioni ed indipendentemente dal fatto che il soggetto abbia agito per difendersi o per tutt'altro motivo.

Quale di queste tre soluzioni è quella esatta nel nostro ordinamento? Per rispondere a questo quesito qualcuno potrebbe es-

(1) Vedi tra i tanti: PACIFICI MAZZONI, *op. cit.*, vol. IV, n. 79; FERRINI, voce: *Danni*, in *Enc. Giur.*, n. 89; GIORGI, *op. cit.*, vol. V, n. 164; CHIRONI, *Colpa extrocontrattuale*, 2ª ediz., Torino, 1906, vol. II, n. 522; STOLFI N., *Diritto civile*, cit., vol. III, n. 586.

(2) *Op. ult. cit.*, pag. 476.

sere tentato di seguire la stessa soluzione adottata dal legislatore in materia penale. Ma troppo diversi sono i criteri, in base a cui si determina l'illiceità dell'atto in materia penale ed in materia civile, perché si possa seguire questa via. Occorre secondo noi risolvere la questione in modo autonomo.

Ma la soluzione esatta in tanto si può avere, in quanto si riesca prima ad individuare la ragione, per cui l'atto compiuto in stato di legittima difesa non importa nel caso normale, in cui sussistano gli elementi obbiettivi e si agisca effettivamente a scopo di difesa, responsabilità alcuna. Il problema, come è noto, è uno dei più discussi. Alcuni (1) credono di poter trovare la ragione nel fatto che chi agisce a scopo di legittima difesa non è in colpa. Altri (2) invece sostengono che l'atto non ingenera responsabilità perché obbiettivamente lecito, indipendentemente del motivo, per cui esso sia stato compiuto.

Non è in questa sede che si possono discutere gli argomenti addotti dai seguaci dell'una e dell'altra tesi. Bisogna certo escludere che basti la credenza di trovarsi in uno stato di legittima difesa, per essere esonerato dall'obbligo di risarcire i danni. Ma questa esclusione non ci porta necessariamente a negare l'esattezza della prima tesi, perché si può sempre sostenere che colui il quale erroneamente crede di trovarsi in uno stato di legittima difesa, se non reca un danno dolosamente, lo reca quanto meno colposamente. E' certo comunque, ritornando al nostro problema centrale, che in questa materia non si può attribuire ai motivi una rilevanza totale nel senso più sopra chiarito.

Resta a vedere se ai motivi si debba riconoscere una rilevanza parziale ovvero negare qualsiasi rilevanza. Ora è certo che, se si accoglie la concezione obbiettiva, ai motivi non si può riconoscere nessuna rilevanza. Noi però non siamo del tutto con-

(1) Ad es.: MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Paris, 1931, vol. I, n. 489

(2) Sono i più. Vedi tra i tanti: VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Opere giuridiche*, Roma, 1918, vol. I pag. 228 e segg.; FERRINI, *op. ult. cit.*, n. 90 (l'autore sostiene che non conta l'elemento soggettivo a proposito degli atti compiuti in stato necessità, ma è evidente che ciò vale a maggior ragione per gli atti compiuti in stato di legittima difesa). La dottrina — intendiamo riferirci ai civilisti — di solito si limita ad affermare la liceità degli atti, di cui ci occupiamo, senza però indicare la ragione di questa liceità.

vinti dell'esattezza di questa concezione. Ci sembra infatti che debba ritenersi responsabile colui, che, pur trovandosi in stato di legittima difesa, ha recato danno ad un altro per tutt'altro motivo che non quello di difendersi, ignorando di essere minacciato. Comunque, consci della delicatezza del problema preferiamo non prendere posizione, limitandoci ad osservare che in questa materia si può parlare di una rilevanza o meno (ma sempre parziale) del motivo, a secondo della tesi che si crede di dover adottare per giustificare l'esonero dalla responsabilità civile.

E' noto che nel progetto italo-francese di un codice delle obbligazioni (art. 77) e successivamente nel progetto del quarto libro del codice civile elaborato dalla commissione reale per la riforma dei codici (art. 77) viene dichiarato esente da responsabilità « chi cagiona danno ad altri per la legittima difesa di se stesso o di un terzo ». Di fronte a questa formula si dovrebbe sostenere che in tanto è possibile l'esonero dalla responsabilità, in quanto il soggetto abbia agito allo scopo di difendere sè o il terzo. Si dovrebbe cioè ammettere una rilevanza parziale del motivo. Non escludo però che, qualora venga conservata questa formula nella redazione definitiva, non possa sorgere il dubbio se sia esente da responsabilità anche colui il quale, pur trovandosi a sua insaputa in uno stato di legittima difesa, abbia prodotto il danno per un motivo diverso. Non sarebbe pertanto ozioso chiarire il dubbio.

67. — Ad incertezze ancora più gravi danno luogo gli atti lesivi di un diritto altrui, compiuti in uno stato di necessità. Qui infatti è perfino discusso se il danneggiante sia o meno tenuto al risarcimento, perchè, mentre alcuni (1) sostengono che sussista l'obbligo, altri (2) invece vanno in opposto avviso.

Anche in questa materia non intendiamo prendere posizione

(1) BRUNETTI A., *Contributo allo studio del danno prodotto nello stato di necessità*, in *Il Filangieri*, XXVIII (1903), pag. 481 e segg.; GIORGI, *op. cit.* vol. V n. 165; G. CHIRONI, *Lo stato di necessità nel diritto privato*, Torino, 1906, pag. 123; T. BRASIELLO, *Lo stato di necessità in diritto romano e nel sistema legislativo vigente*, Napoli, 1903, pag. 52 e *passim*; STOLFI, *op. cit.*, vol. III, n. 586

(2) COVIELLO L., *Lo stato di necessità nel diritto civile*, in *Il Filangieri*, XXIII (1898), pag. 11, il quale esige però che il danno, di cui si era minac-

a favore dell'una o dell'altra tesi. Ma, ammesso che si debba considerare esatta la seconda, si può parlare senz'altro di una rilevanza dei motivi? Per rispondere a questo quesito bisogna prima risolvere un problema analogo a quello, di cui ci siamo occupati a proposito della legittima difesa: dobbiamo cioè individuare la ragione, che giustifica la non responsabilità dell'agente. Ma anche su questo punto esistono dei dissidi. Vi è infatti chi (1) si richiama all'assenza di colpa, mostrando in tal modo di annettere un'importanza decisiva all'elemento subbiiettivo. Vi è invece chi (2) prescinde dalla considerazione di questo elemento

ciati, sia stato più grave di quello inferto; FERRINI *op. cit.*, in *Enc. Giur.*, n. 90.

In argomento consulta da ultimo: SAVATIER, *L'état de nécessité et la responsabilité civile extra-contractuelle*, in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, s. d. (ma 1938), pag. 729 e segg., il quale distingue diversi casi nella trattazione del problema.

(1) Così: L. COVIELLO, *op. cit.*, pag. 11. E' questa la giustificazione che si rinviene normalmente nelle fonti romane, dove numerosi passi escludono l'obbligo del risarcimento, e che viene addotta dalla maggior parte degli studiosi in diritto romano (vedi ad es.: VON TUHR, *Der Nothstand im Civilrecht*, Heidelberg, 1888, pag. 122; PERNICE, *Labeo*, 2 ediz., Halle, 1895, Bd II, 1, pag. 66 e segg.; T. BRASIELLO, *op. cit.*, pag. 16 e segg.; SEGRÉ, *Le obbligazioni e le azioni ex delicto*, II Parte, Torino, 1926, pag. 125. *Contra* però: FERRINI, *Diritto penale romano*, Milano, 1902, pag. 86; e in *Trattato teorico pratico di dir. pen. del Cogliolo*, Milano, 1888, vol. I, p. I, pag. 30).

(2) FERRINI, *op. cit.*, in *Enc. Giur.*, n. 90. Secondo quest'autore l'atto non ingenera responsabilità anche se il soggetto colga l'occasione per disfarsi di un suo avversario. Credo che bisogna intendersi sul valore di quest'affermazione. Ammesso per un momento che sia esatta la tesi di chi esclude l'obbligo dell'indennizzo, non vi è alcun dubbio che se il soggetto abbia arrecato il danno per salvare se stesso e nello stesso tempo per odio verso il danneggiato, egli non sia tenuto al risarcimento. Basta infatti che sussistano le condizioni obbiettive dello stato di necessità ed il desiderio di salvaguardare la propria vita, non occorre invece che questo sia l'unico motivo dell'atto. Intesa in questo modo l'affermazione del Ferrini sarebbe esatta, sempreché si dovesse seguire la tesi dell'irresponsabilità. Ma se l'autore vuole sostenere che l'irresponsabilità sussista anche nel caso, in cui sia assolutamente mancato il desiderio di salvare se stessi, allora mi sembra che, anche ammesso che sia esatta la sua tesi in ordine all'esonero dall'obbligo del risarcimento, in questo caso l'obbligo dovrebbe sussistere.

Si potrebbe fare anche l'ipotesi di un tale, il quale sia cosciente di trovarsi in uno stato di necessità, ma tuttavia agisca per un motivo diverso da quello di salvaguardarsi. Praticamente il caso è di difficile attuazione, tuttavia ci si potrebbe chiedere se, ammesso che in via generale non si ri-

e ritiene l'atto obbiettivamente lecito, qualunque sia il motivo che abbia indotto il soggetto a compierlo.

Ora è evidente che, se si dovesse accogliere questa seconda tesi, non si potrebbe parlare di una rilevanza di motivi. Accogliendo invece la prima, ci troveremmo di fronte ad una rilevanza parziale, nel senso che, per escludere l'obbligo del risarcimento, non basta che il soggetto abbia compiuto l'atto perchè mosso dal desiderio di salvarsi da un male che lo minacciava, ma occorre anche che il pericolo realmente esistesse.

Nel progetto del quarto libro del codice civile è stata risolta la questione della responsabilità o meno di chi agisce in stato di necessità. Dispone infatti l'art. 77 che «chi cagiona danno ad altri per preservare se stesso o per proteggere un terzo da un danno imminente e molto più grave, non è tenuto al risarcimento, se non nella misura che il giudice riterrà equa».

A noi sembra che, se questa disposizione dovesse entrare nella nostra legislazione, si potrebbe fondatamente parlare di una rilevanza parziale del motivo. Infatti della facoltà di diminuire l'ammontare del danno risarcibile il giudice potrebbe avvalersi solo nel caso, in cui il soggetto abbia cagionato del danno per lo scopo indicato dal legislatore; che se invece egli ha agito per tutt'altro motivo, il fatto di trovarsi in una situazione avente i requisiti obbiettivi dello stato di necessità, non può giustificare un alleviamento dell'obbligo di risarcire i danni. Tuttavia anche in questo caso sarebbe opportuno eliminare ogni dubbio in proposito con una norma ancor più esplicita.

68. — Come qualsiasi atto umano, anche quello lesivo di un diritto altrui può essere compiuto per effetto di errore, dolo o violenza. Si tratta di vedere quale influenza abbiano questi vizi del volere sulla responsabilità del danneggiante. Su questo punto esistono in dottrina gravi dubbi.

sponda del danno causato in stato di necessità, il fatto di agire per un motivo illecito (ad es. odio, vendetta) obblighi al risarcimento anche nel caso in cui si sia avuta piena coscienza dell'esistenza di uno stato di necessità. Se si dovesse risolvere la questione in senso favorevole al danneggiante, si dovrebbe concludere che l'elemento subbiettivo rilevante giuridicamente non è il motivo ma la conoscenza dello stato di necessità.

a) Per ciò che riguarda la violenza (1), vi è chi (2) ritiene che il danneggiante sia esente da responsabilità. Altri (3) invece sostengono che sussista l'obbligo del risarcimento. Non sempre è facile capire però se tanto gli uni che gli altri ammettono un diritto del danneggiato o del danneggiante contro l'autore della violenza, tendente al risarcimento dei danni arrecati da chi ha agito per timore o al ricupero di ciò che quest'ultimo ha pagato, ammesso che egli sia responsabile (4).

A favore di ciascuna tesi possono addursi argomenti non privi di valore, che tuttavia noi tralasceremo di esaminare, non essendo questa la sede più adatta per studiare l'argomento. Quello che c'interessa solo notare è che se si accoglie la teoria dell'irresponsabilità del danneggiante, la rilevanza del motivo è fuori discussione. Si tratterebbe di una rilevanza subordinata naturalmente al concorso di altri elementi, quali ad esempio la gravità delle minacce, l'attualità del pericolo e così via.

Ma anche se si accoglie la prima tesi, non si può senz'altro escludere una rilevanza giuridica del nostro elemento. Infatti è sufficiente che si attribuisca o al danneggiato o al danneggiante il diritto di rivolgersi contro l'autore della violenza, perchè questa rilevanza sussista, anche se gli effetti giuridici saranno diversi. Il lettore capisce agevolmente che questo diritto a favore dell'uno

(1) Generalmente la dottrina considera l'atto compiuto in stato di necessità come una sottospecie dell'atto compiuto per effetto di violenza. In questo paragrafo noi teniamo presente il caso, in cui non ricorrono gli estremi dell'atto necessitato.

Un caso particolare di atto compiuto per timore è, secondo la dottrina dominante, quello compiuto in ottemperanza ad un ordine del superiore. Di esso non ci occupiamo perchè il suo esame ci obbligherebbe ad entrare in discussioni estranee al nostro tema.

(2) Cfr.: MAZEAUD, *op. e vol. cit.*, n. 390; FERRINI, *op. cit.*, in *Enc. Giur.*, n. 95. Per il diritto romano vedi: VON TUHR, *Der Nothstand im Civilrecht*, cit., pag. 41; SEGRÉ, *op. cit.*, pag. 128 (quest'ultimo autore considera il caso di chi compie un atto in seguito alle minacce come una sottospecie dell'atto compiuto in stato di necessità; ci sembra però che nell'ipotesi non ricorrano gli estremi del vero e proprio atto compiuto in stato di necessità).

(3) Vedi ad es.: VON TUHR, *Partie général du code fédéral des obligations*, Lausanne, 1929, vol. I, pag. 340; DEMOGUE, *Traité des obligations*, cit. vol. III, n. 319.

(4) Il FERRINI (*loc. ult. cit.*) ammette esplicitamente che il danneggiato possa rivolgersi contro chi ha usato violenza.

o dell'altro soggetto ovvero di entrambi in tanto potrà essere concesso, in quanto prima si dimostri che il motivo per cui è stato recato il danno è consistito nel timore provocato dalle minacce. Se manca questo nesso di causalità, se l'autore del danno ha agito per tutt'altro motivo, non si potrebbe in nessun modo ritenere responsabile del danno l'autore della violenza.

b) A problemi analoghi danno luogo gli atti compiuti per effetto di un errore sui motivi provocato dall'attività dolosa di un terzo. Anche qui si tratta di vedere se esista l'obbligo del risarcimento a carico del danneggiante (1), se egli possa rivolgersi contro l'autore del dolo ed infine se il danneggiato abbia il diritto di agire direttamente contro quest'ultimo. Dal modo con cui si risolvono queste varie questioni si potrà stabilire se il motivo erroneo in concorso con altri elementi abbia o meno una rilevanza giuridica. Pur non volendo prendere posizione in questa disputa, confesso che la rilevanza del motivo appare ancor più dubbia che non nel caso precedente.

Se l'errore è spontaneo, l'unica questione che può sorgere è se sussista o meno l'obbligo del risarcimento. La soluzione affermativa a noi sembra la più soddisfacente. Credo pertanto che non si possa ammettere una rilevanza dell'errore sui motivi anche se scusabile.

(1) Esclude la responsabilità: MAZEAUD, *op. e vol. cit.*, n. 499. Della stessa opinione è il DEMOGUE, *op. e vol. cit.*, n. 318, il quale dimostra poco coerenza, dal momento che ritiene responsabile il soggetto nel caso in cui abbia agito per effetto di violenza.

CONCLUSIONE

Abbiamo visto nel capitolo precedente quali sono i casi in cui i motivi hanno una rilevanza giuridica nel nostro diritto positivo. Alcuni di essi sono dubbi, altri invece esplicitamente riconosciuti dal legislatore. Nel secondo capitolo abbiamo esaminato i casi principali, in cui, a torto secondo noi, si è voluto vedere una rilevanza dei motivi; però per alcuni di essi (vedi ad es. gli atti emulativi e l'eccesso di potere), la soluzione contraria alla nostra conta in dottrina autorevoli sostenitori, per cui si potrebbe noverarli nella categoria dei casi dubbi. Tutto ciò ci autorizza a trarre alcune conclusioni:

a) In primo luogo è da osservare che, se nel futuro si dovessero presentare dei casi rispetto ai quali sia dubbio se il motivo del negozio o dell'atto debba avere una rilevanza giuridica, non sarebbe un argomento decisivo per la soluzione negativa il rilievo che i motivi sono nel diritto privato giuridicamente irrilevanti. Ciò infatti non corrisponde a verità.

b) L'affermazione dello JHERING (1) e, sul suo esempio, di molti altri scrittori che il motivo per la caratteristica giuridica del negozio è qualcosa di completamente non essenziale, perchè è perfettamente uguale che qualcuno compri perchè gli è necessaria la cosa o perchè vuole rendere un servizio al venditore, che qualcuno doni per vanità o per benevolenza, e ciò perchè la vendita, la donazione, come tali, sono dei fatti giuridici completamente chiari e che non richiamano nel giurista la questione del perchè, deve considerarsi esatta o meno, a seconda del modo con cui la si intende.

Se con essa si vuol dire che un negozio non cambia individualità, non cessa cioè di appartenere ad uno piuttosto che ad un altro tipo o schema negoziale per il solo fatto di essere concluso dietro la spinta di uno o di un altro motivo, allora bisogna riconoscere che essa è esatta. Infatti ciò che differenzia i vari

(1) *Geist des römischen Recht*, Leipzig, 1906, vol. III, p. I, pag. 210.

negozi tra di loro è sempre il loro contenuto o la loro funzione, che, secondo noi, è determinata appunto dal contenuto. Questa verità è d'altronde implicita nel fatto di ammettere che un dato negozio possa essere compiuto dietro l'impulso di uno qualsiasi dei motivi logicamente compatibili con la natura dell'atto.

Ma se invece con essa si vuol dire che la regolamentazione di un negozio non può mai variare in vista del motivo per cui esso viene stipulato, allora bisogna concludere che non sempre ciò è vero. Mi basterà ricordare i casi in cui la natura civile o commerciale di un atto dipenda dal motivo per cui è stato fatto ed il caso dalla donazione remuneratoria.

c) Se non è esatto dire che i motivi sono giuridicamente irrilevanti, è ancor più inesatto dire che, se sono esternati e dotati di una forza determinante, essi hanno una rilevanza giuridica.

Intanto vi sono dei casi in cui non è facile comprendere quale rilevanza si dovrebbe dare ai motivi. Non si vede ad esempio che cosa può importare ai fini giuridici che io compri un libro perchè desidero leggerlo o perchè desidero regalarlo. Perchè si possa discutere della rilevanza o meno del motivo in un dato caso occorre innanzitutto che vi sia una ragione giustificativa della rilevanza stessa. Se i motivi di norma non influiscono sulla regolamentazione di un atto — e più particolarmente di un negozio — gli è che manca una qualsiasi ragione per introdurre una diversità di trattamento in vista del motivo. Ciò spiega la maggior rilevanza dei motivi nel campo del diritto penale. Anche volendo fermarci ad un semplice raffronto tra l'illecito penale e quello civile, appare subito evidente il perchè della diversa rilevanza dei motivi nei due campi. In quello penale, in cui la pena è dosata sulla base della maggiore o minore pravit  dell'atto, i motivi hanno una rilevanza, quanto meno ai fini dell'aggravamento o della diminuzione della pena, dato che la diversità del motivo per cui si è agito influisce sul grado di illiceità dell'atto; in quello civile invece, in cui l'estensione del danno da risarcire è basata non già sulla minore o maggiore illiceità dell'atto (almeno di norma: vedi infatti l'art. 1228 cod. civ. in materia di responsabilità contrattuale), bensì sull'entità del danno causato, i motivi debbono avere necessariamente una minore rilevanza, dato che basta il minimo di colpevolezza richiesto dalla legge perchè sorga l'obbligo del risarcimento dell'intero danno. In altri campi, diversi da quello dell'illecito, il diritto civile ci offre degli esempi.

in cui la rilevanza del motivo è negata dal legislatore, quantunque il riconoscimento di essa non sarebbe stato arbitrario. Mi basterà ricordare il caso dell'irrilevanza dell'errore sui motivi nei contratti. Si potrebbe in fondo osservare che, se il legislatore attribuisce un valore a questo tipo di errore in materia testamentaria, se nello stesso campo dei contratti gli è riconosciuta una rilevanza nel caso in cui sia provocato dai raggiri dell'altro contraente, ben potrebbe esso avere una rilevanza più generale. Se questa invece non gli è riconosciuta, è perchè gli inconvenienti pratici, a cui porterebbe il riconoscimento, sono superiori, trattandosi di contratti, ai vantaggi che ne deriverebbero. Donde si può arguire che la rilevanza del motivo in tanto è ammissibile, in quanto essa sia in un dato ordinamento riconosciuta implicitamente od esplicitamente dal legislatore.

Non mi sembra che nel nostro diritto positivo esista una norma od un principio generale che riconosca al motivo esternato e dotato di una forza determinante una rilevanza giuridica. D'altronde bisogna osservare ancora che, anche quando esistesse, occorrerebbe, per avere un valore pratico, che in essa fosse indicata la conseguenza giuridica della rilevanza, dato che, come si è potuto vedere nel capitolo precedente, non sempre al motivo viene riconnesso lo stesso effetto, nè certo può l'interprete attribuirgliene uno qualsiasi a suo arbitrio.

d) In tempi recenti si è parlato (1) di una maggiore valorizzazione dei motivi nel campo dei negozi unilaterali. Qualcuno (2) anzi ha addirittura contrapposto questa categoria di negozi a quella dei contratti, quasi fossero dominati da due principi del tutto diversi.

Noi riteniamo che questa contrapposizione non abbia ragion d'essere e sia frutto di una esagerazione. E' vero che l'art. 828 cod. civ. dà all'errore sui motivi una rilevanza che questo genere di errore non ha in materia contrattuale. Ma bisogna anche tener presente: che l'art. 828 vale per un solo tipo di negozio unilaterale e non per tutti; che questo negozio come ulteriori caratteristiche, ha quelle di essere un negozio *mortis causa*, non recet-

(1) FORTI, *I motivi e la causa negli atti amministrativi*, in *Foro It.*, 1932 III, 295; DE MARTINO, *op. cit.*, in *Giur. comp. di dir. civ.*, III, (1939), pag. 15.

(2) FORTI, *op. e loc. cit.*

tizio, revocabile e, di norma a titolo gratuito; che in dottrina (1) è molto discusso quale di queste varie caratteristiche sia quella che giustifica la rilevanza dell'errore sui motivi in materia testamentaria. Ed allora appare subito evidente come questa pretesa maggior rilevanza dei motivi nei negozi unilaterali non possa per nulla essere giustificata dall'art. 828 cod. civ. Non lo è neppure dal fatto che, trattandosi di negozi unilaterali, l'accertamento della vera intenzione dell'autore della dichiarazione è facilitato dall'indagine sui motivi, perchè anche volendo ammettere che ciò non sia mai possibile nei contratti, è comunque certo come abbiamo detto a suo tempo, che la rilevanza giuridica è in questo caso dell'intenzione e non già nel motivo.

Concludendo, a noi sembra che non sia esatto affermare che i motivi abbiano nei negozi unilaterali una maggiore rilevanza che nei contratti. Ciò infatti non risulta dal nostro ordinamento positivo.

(1) Cfr. su questo punto: SCHMIDT, *Der Motivirrtum im Testamentsrecht*, Breslau, 1933 (Heft 51 degli « *Studien zur Erl. des bürgerl. Rechts* » begründet von R. LEONHARD), pag. 19. e segg., dove si accenna alle varie opinioni avanzate per giustificare la rilevanza dell'errore sui motivi in materia testamentaria.

INDICE SOMMARIO

| | | |
|------------------------|------|---|
| Introduzione | pag. | 5 |
|------------------------|------|---|

CAPITOLO PRIMO

La nozione di motivo e distinzione da altri elementi

| | | |
|--|------|----|
| 1. — Definizione di motivo | pag. | 7 |
| 2. — Rapporti tra motivo e circostanza di fatto | » | 10 |
| 3. — Motivo e scopo | » | 11 |
| 4. — Motivo e presupposizione | » | 14 |
| 5. — Motivo e causa | » | 18 |
| 6. — Motivo e <i>demonstratio</i> | » | 22 |
| 7. — Distinzioni che in dottrina sogliono farsi dei motivi | » | 23 |

CAPITOLO SECONDO

I casi in cui non si ha una rilevanza dei motivi

| | | |
|--|------|----|
| 7 bis. Su alcuni significati della parola «motivo» nelle nostre leggi. La materia trattata in questo capitolo, che viene distinto in due sezioni | pag. | 27 |
|--|------|----|

SEZIONE PRIMA

Casi nei quali l'elemento rilevante non è un motivo

| | | |
|--|------|----|
| 8. — Ordine con cui verranno esaminati i vari casi | pag. | 30 |
| 9. — Il negozio indiretto | » | 30 |
| 10. — I motivi elevati, come si suol dire, a condizione o a <i>modus</i> del negozio | » | 41 |
| 11. — I motivi come elementi individuatori di una volontà giuridicamente rilevante | » | 43 |
| 12. — La «causa» dell'art. 1104 cod. civ. | » | 45 |
| 13. — Il rapporto fondamentale in materia cambiaria | » | 47 |

| | | |
|--|------|----|
| 14. — Giusta causa o giusto motivo della disdetta o di altri negozi | pag. | 50 |
| 15. — Giusti motivi per lo scioglimento di un rapporto ad opera della autorità giudiziaria | » | 55 |
| 16. — Giusti motivi di alcuni atti di ricusazione | » | 56 |
| 17. — <i>Consilium fraudis</i> nell'azione pauliana | » | 59 |
| 18. — L'intenzione fraudolenta negli atti in frode alla legge | » | 61 |
| 19. — L'art. 36 cod. proc. civ. e l'interesse ad agire | » | 62 |

SEZIONE SECONDA

Casi in cui ai motivi non si può riconoscere la rilevanza ad essi attribuita.

| | | |
|---|------|----|
| 20. — I motivi e la distinzione dei negozi in gratuiti ed onerosi | pag. | 63 |
| 21. — I motivi e le donazioni indirette | » | 65 |
| 22. — I motivi e l'eccesso di potere in materia di deliberazioni di assemblea | » | 69 |
| 23. — I motivi e l'abuso di diritto | » | 73 |
| 24. — I motivi e la concorrenza sleale | » | 75 |
| 25. — L'art. 1039 cod. civ. e la rilevanza del motivo | » | 79 |

CAPITOLO TERZO

La rilevanza dei motivi nel diritto privato

| | | |
|---|------|----|
| 26. — Il valore dell'enunciazione del motivo | pag. | 81 |
| 27. — Si esclude che per la rilevanza del motivo occorra necessariamente la sua enunciazione o riconoscibilità. | » | 83 |
| 28. — Il preteso principio della normale rilevanza del motivo determinante e riconoscibile | » | 84 |
| 29. — Enunciazione di un falso motivo | » | 85 |
| 30. — Su di una condizione necessaria perchè si possa parlare di una rilevanza del motivo | » | 86 |
| 31. — I vari casi di rilevanza | » | 87 |

SEZIONE PRIMA

I motivi e la distinzione degli atti in civili e commerciali

| | | |
|--|------|----|
| 32. — I principali negozi che sono considerati atti di commercio in vista del motivo per cui sono compiuti | pag. | 88 |
| 33. — La questione della riconoscibilità o meno del motivo | » | 90 |
| 34. — La enunciazione di un falso motivo | » | 91 |

SEZIONE SECONDA

I motivi e le donazioni remuneratorie

| | | |
|---|-------------|----|
| 35. — Rilevanza del motivo in quest'argomento | <i>pag.</i> | 92 |
| 36. — Se occorra la enunciazione o la riconoscibilità del motivo | » | 94 |

SEZIONE TERZA

I motivi e la nozione di atti di amministrazione

| | | |
|---|-------------|----|
| 37. — Negozi che costituiscono o meno atti di amministrazione in vista del motivo o dello scopo per cui sono compiuti | <i>pag.</i> | 95 |
| 38. — Se occorra la enunciazione del motivo; se abbia la prevalenza il motivo falso o quello vero | » | 96 |

SEZIONE QUARTA

I motivi illeciti

| | | |
|--|-------------|-----|
| 39. — Preliminari | <i>pag.</i> | 97 |
| 40. — Negozi con contenuto illecito e negozi con motivi illeciti | » | 98 |
| 41. — Il motivo illecito | » | 102 |
| 42. — Il negozio con motivi illeciti in diritto romano. Esposizione delle varie opinioni | » | 103 |
| 43. — Esame di alcuni frammenti e nostra conclusione | » | 106 |
| 44. — Il negozio con motivi illeciti nella letteratura e giurisprudenza tedesca | » | 109 |
| 45. — In quella francese | » | 114 |
| 46. — Ed in quella italiana | » | 124 |
| 47. — La nostra opinione. Esatta impostazione del problema | » | 128 |
| 48. — Critica delle ragioni addotte a favore della validità di qualsiasi negozio concluso per motivi illeciti | » | 130 |
| 49. — Esame della tesi dell'ECKSTEIN | » | 133 |
| 50. — La ragione per cui non sempre il negozio con motivi illeciti può considerarsi nullo | » | 137 |
| 51. — Il principio che bisogna seguire per decidere della validità o meno del negozio concluso per motivi illeciti | » | 139 |
| 52. — Critica di alcuni criteri avanzati in dottrina | » | 140 |
| 53. — L'ipotesi in cui l'illiceità del motivo sia rimasta ignota all'altro contraente | » | 144 |
| 54. — I negozi unilaterali con motivi illeciti | » | 147 |

| | | | |
|-----|--|------|-----|
| 55. | Il caso della mancata attazione dello scopo illecito . | pag. | 148 |
| 56. | — Le precedenti conclusioni al lume del nostro diritto positivo | » | 149 |
| 57. | — Impossibilità di procedere ad una applicazione particolareggiata della nostra tesi | » | 153 |

SEZIONE QUINTA

La rilevanza del motivo negli artt. 1733 e 1734 cod. civ.

| | | | |
|---------|---|------|-----|
| 57 bis. | — La rilevanza del motivo nella rinuncia alla società a tempo indeterminato fatta allo scopo di appropriarsi i guadagni | pag. | 154 |
|---------|---|------|-----|

SEZIONE SESTA

I motivi nella teoria dei vizi della volontà

| | | | |
|-----|--|------|-----|
| 58. | — Preliminari | pag. | 157 |
| 59. | — La nozione di errore sul motivo. Distinzione dalle altre categorie di errore vizio | » | 159 |
| 60. | — I casi di rilevanza dell'errore sui motivi: l'art. 828 cod. civ. | » | 165 |
| 61. | — La distinzione che alcuni autori fanno a proposito del suddetto articolo tra motivo determinante e motivo impulsivo. Critica di essa | » | 170 |
| 62. | — Altro caso di rilevanza: l'errore sui motivi provocato dall'altra parte | » | 172 |
| 63. | — Un caso dubbio di rilevanza: l'errore di diritto che sia psicologicamente un errore sui motivi | » | 173 |
| 64. | — Il timore | » | 173 |

SEZIONE SETTIMA

I motivi e la responsabilità civile

| | | | |
|-----|---|------|-----|
| 65. | — Il motivo come circostanza attenuante nel caso previsto dall'art. 1143 cod. civ. | pag. | 175 |
| 66. | — Casi dubbi di rilevanza: L'istituto della legittima difesa | » | 176 |
| 67. | — Danno arrecato in stato di necessità | » | 179 |
| 68. | — Gli atti illeciti compiuti per violenza od errore sui motivi (spontaneo e provocato da raggiri) | » | 181 |
| | Conclusione | » | 184 |

PUBBLICAZIONI DELL'ISTITUTO GIURIDICO

MEMORIE (SERIE II)

| | | |
|------|--|--------|
| I | - Chironi G. P.: (con bibliografia sistematica a cura di L. Franchi) - 1928 | L. 6 — |
| II | - DULIO E.: <i>Un illuminista piemontese. Il Conte Dalmazzo Francesco Vasco</i> - 1928 | „ 5 — |
| III | - GROSSO G.: <i>Efficacia dei patti nei "Bonae fidei iudicia"</i> - 1928 | „ 5 — |
| IV | - PASSERIN D'ENTRÈVES A.: <i>La teoria del diritto e della Politica in Inghilterra all'inizio dell'età moderna</i> - 1929 | „ 8 — |
| V | - DULIO E.: <i>Le miniere degli Challant in Valle d'Aosta e il loro ordinamento giuridico</i> - 1929 | „ 5 — |
| VI | - GROSSO G.: <i>Contributo allo studio dell'adempimento della condizione</i> - 1930 | „ 5 — |
| VII | - EINAUDI M.: <i>Edmondo Burke e l'indirizzo storico nelle scienze politiche</i> - 1930 | „ 10 — |
| VIII | - CHIAUDANO M.: <i>Studi e documenti per la storia del diritto commerciale italiano nel secolo XIII</i> - 1930 | „ 15 — |
| IX | - AGOSTI G.: <i>Un politico italiano alla Corte polacca nel sec. XV (Il "Consilium Callimachi")</i> - 1930 | „ 5 — |
| X | - DE BERNARDI M.: <i>Giovanni Botero economista (Intorno ai libri "Delle cause della grandezza delle città")</i> - 1931 | „ 10 — |
| XI | - BALLADORE PALLIERI G.: <i>I "principii generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili", nell'art. 48 dello Statuto della Corte di giustizia internazionale</i> - 1931 | „ 8 — |
| XII | - FERROGLIO G.: <i>La condizione giuridica delle confraternite</i> - 1931 | „ 8 — |
| XIII | - TREVES R.: <i>La dottrina sansimoniana nel pensiero italiano del risorgimento</i> - 1931 | „ 8 — |
| XIV | - ALBERTI A.: <i>Alberto Radicati di Passerano (Contributi al pensiero politico e alla storia del diritto ecclesiastico in Piemonte agli inizi del secolo XVIII)</i> - 1931 | „ 20 — |
| XV | - COMBA M.: <i>Organo o rappresentanza nella dottrina degli enti collettivi con particolare riguardo al diritto pubblico</i> - 1931 | „ 6 — |

| | | |
|--------|---|--------|
| XVI | - EINAUDI M.: <i>Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America</i> - 1931 | L. 8 — |
| XVII | - BIZZARRI D.: <i>Il documento notarile guarentigiato (Genesi storica e natura Giuridica)</i> - 1932 | " 6 — |
| XVIII | - LARGU Z.: <i>Il diritto di proprietà nella legislazione civile sovietica</i> - 1932 | " 15 — |
| XIX | - BALLADORE PALLIERI G.: <i>La natura giuridica internazionale della potestà dello stato sugli individui</i> - 1932 | " 8 — |
| XX | - GUALAZZINI U.: <i>Rapporti fra capitale e lavoro nelle industrie tessili lombarde nel medio evo (contributo alla storia del diritto del lavoro)</i> - 1932 | " 10 — |
| XXI | - MONACO R.: <i>L'ordinamento internazionale in rapporto all'ordinamento statale</i> - 1932 | " 15 — |
| XXII | - PASSERIN D'ENTRÈVES A.: <i>Riccardo Hooker (Contributo alla teoria e alla storia del diritto naturale)</i> - 1932 | " 12 — |
| XXIII | - PIERO BODDA.: <i>La nozione di " causa giuridica " della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo</i> - | " — |
| XXIV | - CARLO PREDELLA.: <i>La figura dell'uomo medio nella storia del diritto e nel sistema giuridico privato</i> - 1933 | " 12 — |
| XXV | - DE CASTRO D.: <i>Metodi per calcolare gli indici della criminalità</i> - 1934 | " 10 — |
| XXVI | - TREVES R.: <i>Il diritto come relazione. Saggio critico sul neo-Kantismo contemporaneo</i> - 1934 | " 12 — |
| XXVII | - MAIORCA C.: <i>Lo spazio e i limiti della proprietà fondiaria</i> - 1934 | " 10 — |
| XXVIII | - BOBBIO N.: <i>L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica</i> - 1934 | " 15 — |
| XXIX | - " : <i>Scienza e tecnica del diritto</i> - 1934 | " 5 — |
| XXX | - EMILIO CROSA.: <i>Carlo Alberto e la concessione dello Statuto</i> - 1935 | " 12 — |
| XXXI | - MARCHELLO G.: <i>Il problema critico del diritto naturale</i> - 1936 | " 12 — |
| XXXII | - MONACO R.: <i>I conflitti di legge in materia di cambiale</i> - 1936 | " 20 — |
| XXXIII | - RODDI C.: <i>I mutamenti della cosa e le loro conseguenze giuridiche in diritto romano</i> - 1936 | " 18 — |
| XXXIV | - MAIORCA C.: <i>La cosa in senso giuridico. Contributo alla critica di un Dogma</i> - 1937 | " 30 — |
| XXXV | - <i>Esame del progetto preliminare del Codice di Procedura civile da parte della facoltà di Giurisprudenza (Relazione del Prof. Mario Ricca Barberis)</i> - 1938 | " 5 — |
| XXXVI | - BOBBIO N.: <i>L'analogia nella logica del diritto</i> - 1938 | " 25 — |

| | | | |
|---------|---|--|--------|
| XXXVII | - | PIRAS S.: <i>La sostituzione fedecommissaria nel progetto di riforma del Codice civile</i> - 1938 | L. 8 — |
| XXXVIII | - | <i>Osservazioni e proposte sul progetto preliminare del secondo libro del Codice civile</i> - 1938 | „ 28 — |
| XXXIX | - | RICCA BARBERIS M.: <i>L'evizione nella vendita giudiziale</i> - 1938 | „ 20 — |
| XL | - | RICCA BARBERIS M.: <i>La garanzia per evizione nella permuta</i> 1939 | „ 5 — |
| XLI | - | DEIANA G.: <i>I motivi nel diritto privato</i> | „ 25 — |
| XLII | - | CANSACCHI G.: <i>Scelta e adattamento delle norme straniere richiamate</i> . 1939 | „ 35 — |
| XLII | - | PUGLIESE G.: <i>Appunti sui limiti dell'« Imperium » nella repressione penale</i> . 1939 | „ 12 — |
| XLIV | - | ARNÒ C.: <i>L'alienazione della cosa legata</i> , 1939. | „ 8 — |

TESTI INEDITI O RARI

| | | | |
|-----|---|---|--------|
| I | - | BOTERO G.: <i>Delle cause della grandezza delle città</i> . Ristampa dell'edizione principe del 1588 a cura di M. De Bernardi - 1930 | „ 10 — |
| II | - | La “ <i>Glossa Torinese</i> ”, e le altre glosse del Ms. D. III 13 della Biblioteca Nazionale di Torino a cura del Dott. Alberto Alberti, con tre tavole fuori testo - 1933 | „ 35 — |
| III | - | <i>Rendiconti mercantili inediti del cartolare di Giovanni Scriba</i> , pubblicati con introduzioni e commento del dott. Guido Astuti, con cinque tavole fuori testo - 1933 | „ 12 — |
| IV | - | GENTILIS A.: <i>De Juris interpretibus</i> (Dialogi sex) a cura di Guido Astuti con prefaz. di S. Riccobono - 1937 | „ 40 — |

Finito di stampare il 15/9/1939-XVII
con i tipi della Tipografia degli Artigianelli
Via Juvara, 14 - Torino
